

**HARMONIZATION OF FEDERAL
LEGISLATION WITH QUEBEC
CIVIL LAW: SOME EXAMPLES
FROM THE *BANKRUPTCY AND
INSOLVENCY ACT***

**THE CREATION BY THE
FEDERAL PARLIAMENT OF
SECURITY MECHANISMS IN
THE *BANKRUPTCY AND
INSOLVENCY ACT***



**The Harmonization of Federal
Legislation with the Civil Law
of the Province of Quebec and
Canadian Bijuralism**

Second Publication



**HARMONIZATION OF FEDERAL
LEGISLATION WITH QUEBEC
CIVIL LAW:
SOME EXAMPLES FROM THE
*BANKRUPTCY AND INSOLVENCY ACT***

Paper for the presentation at the Conference of the
Barreau du Québec
May 11, 2001, Montreal, Quebec



Alain Vaclair and Martin-François Parent

National Library of Canada cataloguing in publication data

Main entry under title :

The harmonization of federal legislation with the civil law of the Province of Quebec and canadian bijuralism. Second publication.

Text in English and French on inverted pages.

Title on added t.p. : L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication.

Includes bibliographical references.

Issued also on the Internet and on CD-ROM.

1. Common law — Canada.
2. Civil law — Quebec (Province)
3. Conflict of laws — Canada.
4. Comparative law.
- I. Canada. Dept. of Justice.

KE432.H37 2001

342.71'042

C2001-980147-5E

Published by authority of the Minister of Justice and
Attorney General of Canada

© Minister of Justice and Attorney General of Canada 2001

Printed in Canada

CAT : J2-176/8-2001

ISBN : 0-662-65730-6

TE : The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law
of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism.

STE : ... some examples from the bankruptcy and insolvency act.

STE : The creation by the federal parliament of security
mechanisms

TF : L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil
de la province de Québec et le bijuridisme canadien.

STF : ... faillite et insolvabilité en regard du droit civil

STF : Les mécanismes de sûreté créés par le législateur...

TABLE OF CONTENTS

Introduction	1
1. Complementarity between the <i>B.I.A.</i> and provincial private law	2
1.1. History of the <i>B.I.A.</i>	2
1.2. Recognition in case law of complementarity	5
1.3. Creation of a working group to harmonize the <i>B.I.A.</i> at Justice Canada	6
2. Issues raised in the <i>B.I.A.</i>	7
2.1. Definition of secured creditors	7
2.2. Courts vested with jurisdiction in equity	10
2.3. Petitioning in bankruptcy and other procedural issues	11
2.4. Application of Part XI	20
2.5. Bankruptcy of Quebec partnerships and trusts ("fiducies")	22
2.6. Roles of trustees ("syndics")	26
3. General issues	30
3.1. Creation of new security mechanisms	30
3.2. The concept of "settlement/ <i>disposition</i> "	32
3.3. The concept of enterprise	33
3.4. The concept of security	34
General conclusions	37



HARMONIZATION OF FEDERAL LEGISLATION WITH QUEBEC CIVIL LAW: SOME EXAMPLES FROM THE *BANKRUPTCY AND INSOLVENCY ACT*



By Alain Vauclair¹,
Senior Counsel,
Civil Code Section,
Department of Justice Canada



By Martin-François Parent¹,
Legal Counsel,
Civil Code Section,
Department of Justice Canada

Introduction

The purpose of this paper is to take stock of the work done by Justice Canada to harmonize the *Bankruptcy and Insolvency Act*² [hereinafter *B.I.A.*] with Quebec civil law. This paper deals with some of the most important and fascinating examples arising out of the harmonization process. Our work is still at a preliminary stage. In a way, then, this paper is an interim report, a series of findings and observations. It should therefore be noted that no legislative amendments are recommended in this paper, nor should any be deduced from the following remarks. We would therefore be delighted to receive any comments you might have.

Generally, harmonization consists, firstly, in reviewing all federal legislation and regulations whose application requires the use of provincial private law and, secondly, in harmonizing the content of this legislation and these regulations to ensure that it includes the concepts and terminology of Quebec civil law. Specifically, harmonizing federal legislation with Quebec civil law focuses on the interaction between federal law and provincial private law.

Private law in Canada comes from two separate legal systems: civil law and common law. The civil law tradition in Canada has its origin in French law, introduced during the French régime, eliminated with the transfer of New France to England, and reinstated by the British Parliament under the *Quebec Act*. The common law tradition is a legacy of the British colonies that, one after another, joined the Canadian federation. Under Canada's Constitution, the powers of the various legislatures in the new federation were defined, and legislative powers in private law matters were distributed between the provincial legislatures, which have general jurisdiction over property and civil law, and the federal Parliament, which has exceptional jurisdiction over certain matters including bankruptcy and insolvency. The exceptional nature of federal jurisdiction in private law matters

¹ Respectively, Senior Counsel and Legal Counsel at the Civil Code Section of Justice Canada. We would like to thank M^{re} Annie Paré and M^{re} Michael Kelter, legal counsels at the Civil Code Section, for their valued collaboration and assistance.

² R.S.C. 1985, c. B-3.

explains, at least in part, the interdependence between federal and provincial legislation. Federal legislation, with its sources in two separate legal traditions, is bijural.

Many examples of dual legal systems are found worldwide. Most often this situation is the result of juxtaposition of two legal systems. One remarkable characteristic of the Canadian system is the interaction of the two legal traditions within a single legislative corpus. Federal legislation on private law matters can thus be described as "joint law" or, more accurately, "joint private law". An even more remarkable characteristic of the Canadian system is that this interaction or "jointness" evolves in a bilingual context. In this context, it can be affirmed that Canada's experience in harmonization is unique.

Canadian bijuralism represents a considerable challenge. Parliament must not only consider the civil law's and the common law's respective terminology and concepts, but also reconcile the numerous changes which flowed from the civil law reform in 1994. In fact, the Quebec legislature replaced old legal concepts with new ones. With respect to terminology, some words became obsolete while some expressions were born. Hence, Parliament's decision to undertake the harmonization of the federal legislation with the Quebec civil law.

It is nonetheless possible to find legal standards derived from neither legal tradition; these standards are said to be "dissociated" from provincial private law and to constitute a form of "autonomous law". In these cases, harmonization will not be needed since the standards are not derived from either legal tradition.

This paper will provide a number of examples illustrating the complementarity between the B.I.A. and provincial private law, and consider some of the challenges of harmonizing the B.I.A. with the Quebec civil law.

1. Complementarity between the B.I.A. and provincial private law

1.1. History of the B.I.A.

If we are to understand the issues at stake in harmonizing the B.I.A. with Quebec civil law, a glance at this statute's history is of interest. This history shows the complementarity that has developed over the years between an English-based statute and a shared, civil law-based legal system. We will consider the passage of the first bankruptcy enactments in Canada; the repeal of bankruptcy enactments; the background to the passage of modern bankruptcy legislation; and the present statute.

Passage of the first bankruptcy enactments in Canada (1774-1880)

In Quebec, the 1774 reinstatement³ of French customary law led to a lengthy period of legal confusion in commercial matters.⁴ Insistence by English-speaking subjects on importing the rules of

³ An Act for Making More Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America, 1774 (U.K.) 14 Geo III, c. 83. Also in R.S.C. 1985, app. II, No. 2.

⁴ M. Greenwood, "Lower Canada (Quebec): Transformation of Civil Law, from Higher Morality to Autonomous Will, 1774-1866" (1996) 23 Man. L.J. 132. The writer also notes the decision in *Hutchinson v. Gillespie*, in which a judge stated that no law could be applied to insolvency cases since, firstly, English common law had been prohibited in private law matters since the *Quebec Act* and, secondly, no orders made under the French régime had been registered by the Sovereign Council of Quebec: *Hutchinson v. Gillespie*, [1844] 4 Moo. P.C. 378, 13 E.R. 349 (P.C.). The Sovereign Council of Quebec was an administrative legal body with powers similar to those of French legislative assemblies of the time: J.-G. Castel, *The Civil Law System of the Province of Quebec* (Toronto: Butterworths, 1962) at 15-20. See also H. Neatby, *The Administration of Justice under the Quebec Act* (Minneapolis: University of Minnesota Press, 1937) at 15-17 and 155-160; J.-M. Brisson, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867* (Montreal: Thémis, 1986) at 34-39.

common law vied with resistance by French-speaking subjects attached to the *Coutume de Paris* and French royal edicts.⁵ After the rebellion by the Patriotes was put down, the Special Council of Lower Canada placed at the head of the colony's legislative power passed, between 1838 and 1841, numerous English-based commercial statutes, including Canada's first bankruptcy enactment.⁶ Starting in 1843, this enactment was applied throughout the united Province of Canada.⁷ The overhaul in 1864 of this enactment⁸ occurred very shortly before the passage of numerous provisions of the *Civil Code of Lower Canada*⁹ [hereinafter *C.C.L.C.*] (including Paulian action) governing bankruptcy and insolvency.¹⁰ After Confederation, these provisions formed a basis for the federal Parliament's exclusive jurisdiction over bankruptcy and insolvency.¹¹ In 1875, the federal Parliament finally repealed the then existing Prince Edward Island and British Columbia bankruptcy enactments, making its own bankruptcy enactments the only ones applicable to bankruptcy and insolvency in Canada.¹²

Repeal of bankruptcy enactments (1880-1919)

Following an economic crisis in the 1870s, the federal Parliament decided to repeal its bankruptcy enactment.¹³ During heated debate in the House over the passage of the related bill, the opinion was expressed that creditors whose debtors were experiencing serious financial difficulties might resort to provincial private law.¹⁴ In light of this singular situation, the English Privy Council allowed the provincial legislatures to encroach on this area of exclusive federal jurisdiction.¹⁵ As a

⁵ The *Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris* or *Coutume de Paris*, published in 1580 and recognized by Louis XIV in 1664, included four volumes devoted to commercial law and debt recovery. The *Coutume de Paris* was applied as far afield as New France, following the 1664 *Édit établissant la Compagnie des Indes orientales*. In addition to the *Coutume de Paris*, the *Édit de 1543 sur le droit commercial*, the *Code Marchand*, the *Ordonnance sur le commerce*, the *Ordonnance civile de 1667* or *Code Louis*, and the 1673 *Ordonnance sur les hypothèques* made up the rules applicable to insolvency. See J.A. Dickinson, "New France: Law, Courts, and Coutume de Paris, 1608-1760" (1996) 23 *Man. L.J.* 32 at 42-43.

⁶ *Ordinance Concerning Bankrupts and the Administration and Distribution of Their Estates and Effects*, S.L.C. 1839, c. 36 (Special Council). Ten years later, the insolvency system, too, was imported from England and enacted as the *Act to Abolish Imprisonment for Debts and for the Punishment of Fraudulent Debtors in Lower Canada and for Other Purposes*, S.C. 1849, c. 42; the purposes of this statute were to organize the transfer of property and to free debtors physically.

⁷ *An Act to Repeal an Ordinance of Lower Canada Intituled An Ordinance Concerning Bankrupts and the Administration and Distribution of Their Estates and Effects, and to Make Provision for the Same Object Throughout the Province of Canada*, S. Prov. C. 1843, c. 10.

⁸ *An Act Respecting Insolvency*, S.C. 1864, c. 17, s. 1.

⁹ S.Q. 1865, c. 41.

¹⁰ Ss. 17(23), 749, 750, 803, 1032-1040, 1092, 1118, 1119, 1175, 1497, 1754, 1755(4), 1790, 1844, 1892(4), 1946, 1947, 1953(2), 1998, 2023, 2085, 2090 *C.C.L.C.*

¹¹ *Constitution Act, 1867* (U.K.), 30 & 31 *Vict.*, c. 3., subs. 91(21).

¹² *An Act Respecting Insolvency*, S.C. 1875, c. 16, s. 149.

¹³ *An Act to Amend the Insolvent Act of 1875 and Amending Acts*, S.C. 1881, c. 27.

¹⁴ *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada*, (19 February, 1880) at 76ff. These debates show that in Ontario and in New Brunswick, provincial enactments allowed creditors to seize debtors' property and turn it over to a sheriff in order to protect creditors' rights. No similar legislation existed elsewhere in Canada, with the exception of the *C.C.L.C.*

¹⁵ According to the Privy Council, federal legislation on bankruptcy and insolvency could include ancillary provisions governing matters of provincial jurisdiction; the provincial legislatures would then be unable to contradict these provisions. However, given the absence of federal legislation on bankruptcy and insolvency, the Privy Council concluded that the Ontario enactment that was the subject of the dispute did not encroach on the exclusive federal jurisdiction over bankruptcy and insolvency. *Attorney General of Ontario v. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (P.C.).

result, fraudulent preferences and assignments acts¹⁶ and, in Quebec, amendments to the *Code of Civil Procedure* [hereinafter *C.C.P.*] introducing the voluntary deposit were passed.¹⁷

Passage of modern bankruptcy legislation (1919-1949)

After a period of silence lasting nearly 40 years, the federal Parliament once again exercised its exclusive jurisdiction over bankruptcy and insolvency.¹⁸ It should be noted that the then Minister of Justice emphasized, while speaking in the House, how important it was for the federal Parliament to respect provincial private law, particularly Quebec civil law.¹⁹ Unfortunately, the Department's nobles intentions did not find expression in the actual bill,²⁰ which was derived directly from the English bankruptcy legislation.²¹ So it happened that many procedures foreign to Quebec civil law (including settlement of property, petitioning in bankruptcy, and receiving orders) were imported into Canadian law.

The present statute (1949-2000)

Since 1949, the *B.I.A.* has been subject to a few revisions. These revisions were used to introduce new provisions including those on consumer proposals, environmental matters, recourse by secured creditors, international bankruptcy, and bankruptcy by securities firms. Traces of this common law-based structure, however, are still very much apparent today.²² In the meantime, the Quebec legislature has reformed the *Civil Code of Quebec*²³ [hereinafter *C.C.Q.*], in particular the rules governing security.

It can be noted from the foregoing remarks that the issues surrounding harmonization of the *B.I.A.* with Quebec civil law have marked Canada's legislative history. Although the importance of the civil law tradition has been recognized on occasion, and although the complementarity that binds federal bankruptcy legislation to provincial private law has been acknowledged, it is still true that harmonization of the *B.I.A.* presents a basic problem in the very spirit of this legislation, derived directly from the English tradition.

¹⁶ While the federal Parliament exercises its competence, there are still provincial statutes in effect on these matters to this day: *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.N. 1990, c. F-24, s. 3; *Assignments and Preferences Act*, R.S.N.S. 1989, c. 25, s. 4; *Assignments and Preferences Act*, R.S.N.B. 1973, c. A-16, s. 2; *Frauds on Creditors Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-15, s. 2; *Assignments and Preferences Act*, R.S.O. 1990, c. A.33, subs. 4(1), and *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.O. 1990, c. F.29, s. 2; *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.M. 1987, c. F160, s. 2; *The Fraudulent Preferences Act*, R.S.S. 1978, c. F-21, s. 3; *Fraudulent Preferences Act*, R.S.A. 1980, c. F-18, s. 2; *Fraudulent Conveyance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 142, s. 1, and *Fraudulent Preference Act*, R.S.B.C. 1979, c. 143, s. 3; and *Fraudulent Preferences and Conveyances Act*, R.S.Y. 1986, c. 72, s. 2. See also s. 1631 *C.C.Q.* (in the subsection entitled "Paulian action").

¹⁷ *An Act to amend the Code of Civil Procedure with respect to the garnishment of salaries or wages*, S.Q. 1903, c. 57. These enactments were for a long time referred to as the "Lacombe Act", name of the minister who had proposed it. These provisions are found in articles 652ff. of the present *C.C.P.*

¹⁸ Between 1880 and 1919, the federal Parliament did not exercise the jurisdiction on bankruptcy and insolvency it received in 1867, with the exception of a piece of legislation enacted in 1882, still in effect today, which only applied to insolvent corporations. *Winding-up and Restructuring Act*, R.S.C. 1985, c. W-11. However, when a debtor corporation assigns property or a court of competent jurisdiction issues a receiving order, application of this act is suspended: s. 213 *B.I.A.*

¹⁹ *Debates of the House of Commons of Canada* (28 March 1919) at 968.

²⁰ *An Act Respecting Bankruptcy*, S.C. 1919, c. 38.

²¹ *An Act to Consolidate the Law Relating to Bankruptcy* (U.K.), 1914-1916, c. 59 [hereinafter *English Bankruptcy Act of 1914*]. See A. Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, t. 1 (Montreal: Thémis, 1992) at 9-18.

²² *An Act to Amend the Bankruptcy Act*, S.C. 1966-67, c. 32; *An Act to Amend the Bankruptcy Act and the Income Tax Act in Consequence Thereof*, S.C. 1992, c. 27; *An Act to Amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangements Act, and the Income Tax Act*, S.C. 1997, c. 12.

²³ S.Q. 1991, c. 64.

1.2. Recognition in case law of complementarity

Case law has recognized the complementarity that binds federal bankruptcy legislation to Quebec private law. This recognition has found expression in two passages that are highly interesting and, incidentally, emanate from Canada's highest court. These passages are the remarks by Beetz J. in the *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.* decision, and those by Pigeon J. in the *Rainville* decision.

*Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*²⁴

Robinson dealt with the validity of a remedy sought by the trustee in bankruptcy who had relied upon provisions of the *Fraudulent Preferences Act*²⁵ to have an allegedly fraudulent payment set aside. This case was argued all the way to the Supreme Court of Canada who considered the constitutionality of the provincial act in light of the division of powers. Justice Beetz, considering this question, underlined the interaction between provincial private law and bankruptcy enactment as follows:

Insolvency lies at the core of those parts of the common law and of the civil law which relate to such matters as mortgage, pledge, pawning, suretyship and the securing of debts generally which are implicitly or explicitly predicated on the risk of insolvency and which produce their full effect when the risk has been converted into reality [...].²⁶

Beetz J. went on to state that "the primary jurisdiction of Parliament cannot easily be exercised together with its incidental powers without some degree of overlap in which case federal law prevails."²⁷

Relying on the wording of subsection 72(1) of the *B.I.A.*, Beetz J. concluded that, in enacting this provision "Parliament, far from intending to depart from the rule of operational conflict, did in fact aim at the highest possible degree of legal integration of federal and provincial laws [...]."²⁸

²⁴ *Robinson v. Countrywide Factors Ltd.*, [1978] 1 S.C.R. 753 [hereinafter *Robinson*].

²⁵ R.S.S. 1965, c. 397.

²⁶ *Robinson*, *supra* note 24 at 804.

²⁷ *Ibid.* at 805.

²⁸ *Ibid.* at 809. Subsection 72(1) of the *B.I.A.* provides:

The provisions of this Act shall not be deemed to abrogate or supersede the substantive provisions of any other law or statute relating to property and civil rights that are not in conflict with this Act, and the trustee is entitled to avail himself of all rights and remedies provided by that law or statute as supplementary to and in addition to the rights and remedies provided by this Act.

*Rainville*²⁹

One of Pigeon J.'s best-known remarks is found in the Supreme Court of Canada decision in *Rainville*.³⁰ At issue in this case was whether, for the purposes of federal bankruptcy legislation, a privilege granted to the Crown under a provincial statute should be recognized. After briefly summarizing the facts and the parties' allegations, Pigeon J. went on to make an observation that is surprisingly relevant to the present federal harmonization program. He stated:

We are confronted here by major problem in the interpretation of federal legislation, and, at this juncture, it is proper to stop to consider the difficulty of the task facing our legislative draftsmen. They must not only formulate all legislative provisions in two languages, but also more often than not they must do so in terms of two different legal systems; the civil law of Quebec and the common law of the other provinces. In bankruptcy legislation, which everywhere impinges upon every area of public and private provincial law, the task is particularly difficult. It is therefore not surprising that major problems should be encountered. Moreover, it is a fact which cannot be ignored that the *Bankruptcy Act* of 1949, like the *Bankruptcy Act* of 1919, was not only derived almost entirely from English sources but was also poorly served by the authors of the French version.³¹

This statement was recently quoted by the justices of the Quebec Court of Appeal in the decision in *Château d'Amos*.³²

1.3. Creation of a working group to harmonize the B.I.A. at Justice Canada

Justice Canada, too, recognizing the complementarity between the B.I.A. and Quebec civil law and faced with the complexity of the issues raised by harmonization, undertook the revision of the B.I.A. as a harmonized legislation pilot project. To this end, professors were consulted and a working group set up.

Studies by professors

Starting in 1995, Justice Canada approached an impressive range of experts in various fields of legal study—professors Jacques Deslauriers, Albert Bohémier, Jacques Auger and Roderick A. Macdonald—in order to obtain an initial diagnosis of the harmonization work to be accomplished in the field of bankruptcy and insolvency. These experts unanimously affirmed the need to harmonize the B.I.A. with Quebec civil law. Professor Bohémier concluded an article on this subject by stating: "I am convinced that the enactment of appropriate solutions with regard to the matters discussed will greatly improve the current situation" [emphasis added]³³

In the first pages of an article on the treatment of creditors in the B.I.A., Professors Jacques Auger, Albert Bohémier and Roderick A. Macdonald were somewhat more explicit in

²⁹ *Deputy Minister of Revenue (Quebec) v. Rainville*, [1980] 1 S.C.R. 35 [hereinafter *Rainville*].

³⁰ This rather long excerpt has, nevertheless, often been cited in full. See for example R. P. Simard et A. Leduc, "Affaire Château d'Amos: intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral?", in *Barreau du Québec, Développements récents en droit administratif*, vol. 131 (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2000) 85 at 87 [hereinafter "Deux intérêts inconciliables?"]; D. S. Goldstein et Y. Goldstein, "The Impact of the Civil Law on Bankruptcy and Insolvency Practice in Quebec or Whose Bankruptcy and Insolvency Act Is It Anyway?", in *Pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics : Conférences commémoratives Meredith 1998-1999* (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2000) 253 at 256.

³¹ *Rainville*, supra note 29 at 41.

³² *Château d'Amos ltée (syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 at 2633 (C.A.) [hereinafter *Château d'Amos*].

³³ A. Bohémier, "Research in Bijuralism: Bankruptcy and Insolvency Act", in *Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism* (Ottawa: Justice Canada, 1997) 841 at 886 [hereinafter "Research in Bijuralism"].

stating that: "[c]learly, the *B.I.A.* and the Civil Code are mutually interdependent, and it is accordingly important that they be in complete harmony" [emphasis added].³⁴

For different reasons, however, Justice Canada's first initiatives to harmonize the *B.I.A.* with Quebec's civil law, which included changes to the definition of "secured creditor", have not found expression in legislation.³⁵ However, as Professor Jacques Deslauriers noted: [translation] "harmonization of the *Bankruptcy and Insolvency Act* with the *Civil Code of Quebec* is urgent" [emphasis added].³⁶

These experts' opinions confirm our conviction that the task of harmonizing the *B.I.A.* with Quebec civil law is both unavoidable and pressing.

Creation of the bankruptcy working group

In July 1999, the Civil Code Section created a working group of legal experts. The working group was given the mandate of revising the *B.I.A.* in its entirety, as well as the *Bankruptcy and Insolvency General Rules*³⁷ [hereinafter *B.I.G.R.*], in order to harmonize them with Quebec civil law. A partnership was also established with Industry Canada who administers this act. Following this preliminary work, the working group noted issues raised in the *B.I.A.* as well as other, equally serious, but more general issues. To these issues we now turn.

2. Issues raised in the *B.I.A.*

2.1. Definition of secured creditors

The definition of the expression "secured creditor" is one of the most important provisions in the *B.I.A.* The harmonization of this definition with Quebec civil law clearly has appreciable economic repercussions for creditors involved in bankruptcies. This definition raises a number of issues: outdated terminology, the type of mechanisms that confer secured creditor status, ownership security mechanisms, trust security mechanisms. We shall also see what constituted the draft amendments contained in the initial harmonization bills.

Outdated terminology

The definition of secured creditors contained in section 2 of the *B.I.A.* includes private law concepts, specifically that of security,³⁸ including hypothec and privilege. Under the *C.C.L.C.*, inclusion of the words "nantissement" and "privilege" in this definition, as well as the treatment of these terms in case law, allowed for some degree of correlation between the *C.C.L.C.* and the *B.I.A.* As well, the real security mechanisms recognized by the *C.C.L.C.* were recognized by the *B.I.A.*,

³⁴ J. Auger, A. Bohémier and R. A. Macdonald, "The Treatment of Creditors in the *Bankruptcy and Insolvency Act* and Security Mechanisms in the Civil Law of Quebec", in *Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bijuralism* (Ottawa: Justice Canada, 1997) 887 at 892 [hereinafter "The Treatment of Creditors"].

³⁵ On 31 January 2001, the first harmonization bill was tabled in the Senate. It may now be referred to as Bill S-4.

³⁶ J. Deslauriers, "Le projet de loi S-22 et l'harmonisation de la *Loi sur la faillite* avec le *Code civil du Québec*" (Conference of the Canadian Bar Association, Quebec, 24 October 2000) at 2 [hereinafter "Conférence sur le projet de loi S-22"].

³⁷ SOR/98-240.

³⁸ The definition reads as follows:

"secured creditor" means a person holding a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against the property of the debtor or any part thereof as security for a debt due or accruing due to him from the debtor, or a person whose claim is based on, or secured by, a negotiable instrument held as collateral security and on which the debtor is only indirectly or secondarily liable.

subject to subsection 70(1) and section 136 of the *B.I.A.* and to the interpretation of the expression "on or against the property of the debtor or any part thereof as security for a debt".

The coming into force of the *C.C.Q.* on January 1, 1994 significantly changed Quebec law on security. Subject to the transitional provisions contained in the *Act respecting the implementation of the reform of the Civil Code*,³⁹ privileges under the *C.C.L.C.* and special statutes were eliminated. For the benefit of certain creditors, the Quebec National Assembly introduced the new concept of prior claims, not to be confused with privileges. Prior claims, which need not be registered for holders to benefit from them, confer a right of preference that theoretically supplants the right of preference of hypothecary creditors, regardless of the registration date of the hypothec.⁴⁰ As a result, the terminology contained in the definition of secured creditors in the *B.I.A.* is outdated.

Real security

The definition of secured creditors lists a series of security mechanisms "on or against the property of the debtor or any part thereof as security for a debt", and thus this definition applies only to real security. Since prior claims do not constitute real rights,⁴¹ holders of prior claims do not have secured creditor status. This point is made clear in the Quebec Court of Appeal decision in *Château d'Amos*.⁴² In response to this decision, the Quebec National Assembly immediately tabled a bill to amend the *C.C.Q.* and to include in it the concept of prior claims constituting real rights for the benefit of municipalities and school boards,⁴³ for which the issue seems to be resolved.⁴⁴

The same cannot be said for other prior claim creditors, however. For example, it has never been clearly established in case law whether holders of a right of retention were considered as secured creditors because of the nature of the right itself or because of the result of the accompanying privilege. Professor Jacques Deslauriers describes this uncertainty as a serious problem, and goes on to say: [translation] "[a]lthough prior to 1994 holders of a right of retention were given secured creditor status in bankruptcies, following the amendments of the new *Code* this secured creditor status has become very uncertain and can even be said to have become non-existent."⁴⁵

As well, the priority of legal costs and Crown tax claims, governed respectively by section 136, 86 and 87 of the *B.I.A.*, can no longer be applied to property liquidated by trustees.

³⁹ L.Q. 1992, c. 57.

⁴⁰ Subject to the hypothecary creditor's right to taking in payment. *Québec (Sous-ministre du Revenu) v. Banque nationale du Canada*, [1999] R.J.Q. 950 (Que.C.A.). *Contra: Château d'Amos*, *supra* note 32.

⁴¹ On this point, Professor Louis Payette notes that:

[Translation] "[t]he code does not define prior claims as being real rights, in the way it defines hypothecs. It confers on prior claims only some of the attributes of hypothecs; it does not provide for a right to follow regarding prior claims [...]. In this context, it must be concluded that prior claims are rights of preference *sui generis* that most likely may not be described as real rights.

L. Payette, "Des priorités et des hypothèques", in *Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec, La réforme du Code civil*, vol. 3 (Quebec: Les Presses de l'Université Laval, 1993) at 66.

⁴² *Château d'Amos*, *supra* note 32.

⁴³ *An Act to amend various legislative provisions regarding municipal affairs*, S.Q. 1999, c. 90, s. 42, 43. These amendments are now provided for in art. 2654.1 *C.C.Q.*

⁴⁴ On this point, there seems to be some degree of unanimity in the legal community. See "Deux intérêts inconciliables?", *supra* note 30 at 133.

⁴⁵ "Conférence sur le projet de loi S-22", *supra* note 36 at 6.

Ownership security and trust security mechanisms

In addition to prior claims and hypothecs, mechanisms involving ownership rights can also be used to secure the performance of obligations. Examples include instalment sales,⁴⁶ sales subject to a resolutive clause,⁴⁷ and sales with right of redemption.⁴⁸ These mechanisms are referred to as "ownership security" mechanisms.⁴⁹

Subject to certain formalities prescribed by provincial private law, the procedure set out in section 81 of the *B.I.A.* allows beneficiaries of these mechanisms to claim possession of the property from trustees. In a sense these creditor-owners are unaffected by bankruptcies, even less affected than secured creditors, who are in fact subject to certain procedures that do not affect creditor-owners.

When the *C.C.L.C.* was in force, treatment of creditor-owners under the *B.I.A.* was similar to that under Quebec civil law, which did not prohibit the use of ownership rights to secure the performance of obligations and thus provided creditors with security mechanisms that were often more effective than actual security.

The coming into force of the *C.C.Q.* brought substantial change in this regard: rights resulting from instalment sales and sales with right of redemption, in the case of debtors who ran businesses, as well as rights resulting from sales of immovables subject to a resolutive clause, became subject to the rules governing the exercise of hypothecary rights. The same became true for an onerous trust established to secure the performance of obligations.⁵⁰ As a result, according to Professors Jacques Auger, Albert Bohémier and Roderick A. Macdonald, the gap between traditional security mechanisms on the one hand and certain ownership security and trust security mechanisms on the other hand is becoming much narrower, to the point where these writers conclude as follows:

[translation] In this context, with security ownership and security trusts being increasingly considered by the *jus commune* to be primarily security mechanisms, it may seem paradoxical that the *B.I.A.* would continue to ignore this trend by placing them under a different set of rules from those that apply to secured creditors. Harmonization between the *B.I.A.* and the *C.C.Q.* may therefore demand that the very concept of secured creditor be revisited and extended to include owner creditors and trustee creditors, who would then be subject to the same restrictions as those placed on secured creditors; the trustee could have the same rights with regard to them, with certain adjustments, as with regard to secured creditors.⁵¹

Harmonization Bill

The definition of secured creditors was the subject of proposed legislative amendments in Bill C-50 in 1998 and Bill S-22 in 2000. These amendments introduced the prior claim constituting real rights for the benefit of municipalities and school boards, as well as ownership security mechanisms, trust security mechanisms, and right of retention. The purpose of these amendments was not to make new law, but to re-establish the balance that had existed before the *C.C.Q.* and to

⁴⁶ Art. 1745-1749 *C.C.Q.*

⁴⁷ Art. 1742-1743 *C.C.Q.*

⁴⁸ Art. 1750-1756 *C.C.Q.*

⁴⁹ See "The Treatment of Creditors", *supra* note 34 at 930.

⁵⁰ Art. 1263 *C.C.Q.*

⁵¹ "The Treatment of Creditors", *supra* note 34 at 932.

cover the situation that had prevailed since that time. Unfortunately, both these bills died on the Order Paper.⁵²

2.2. Courts vested with jurisdiction in equity

The *B.I.A.* vests certain courts with jurisdiction to hear bankruptcy and insolvency cases; these courts, which are listed in full in the *B.I.A.*, correspond generally to ordinary courts of law in the provinces and territories, whose inherent jurisdiction is recognized in the act.⁵³ The *B.I.A.* also vests these courts with jurisdiction in equity.⁵⁴ A number of clauses of the *B.I.A.* explicitly refer to matters in equity.⁵⁵

This vesting of jurisdiction raises the question whether the Quebec Superior Court has jurisdiction over equity law matters. Indeed, some judges have turned to equity law doctrines in constructing certain *B.I.A.*'s sections.⁵⁶

Section 183 of the *B.I.A.* have also been constructed as enabling "fairness" and "good conscience" discretion.⁵⁷ However, according to De Blois J. of the Quebec superior Court, the word "equity" used by the federal Parliament in section 183 refers solely to equity as part of the common law.⁵⁸

The vesting of jurisdiction in equity and the recognition of the inherent jurisdiction of *jus commune* courts may raise some issues concerning Quebec civil law. The initial harmonization bills included proposed amendments to subsections 183(1) and 183(2) of the *B.I.A.*, the purpose of which was to indicate clearly that the *B.I.A.* did not have the effect of vesting Quebec courts with jurisdiction in equity.

Indeed, the concept of equity, derived as it is from English law, forms part of a tradition and a terminology that are foreign to Quebec civil law. All the equity proceedings referred to in the *B.I.A.*

⁵² See *supra* note 35.

⁵³ This would be the meaning to be given to subsection 183(1) of the *B.I.A.* According to Justice Houlden and Mr. Morawetz, the expression "original, auxiliary and ancillary jurisdiction" would refer to the inherent jurisdiction in common law of the courts in which the *B.I.A.* vests jurisdiction in bankruptcy and insolvency proceedings: L.W. Houlden and G.B. Morawetz, *The 2000 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Scarborough: Carswell, 1999) at 636 [hereinafter *The 2000 Annotated B.I.A.*].

⁵⁴ S. 183 *B.I.A.*

⁵⁵ References to equity in the *B.I.A.* include the following:

- In subsection 2(1), the definition of "property" covers every description of property, legal or equitable;
- Under paragraph 4(3)(c), a person who has a right under a contract, "in equity or otherwise", to acquire shares in a corporation shall be deemed to own the shares;
- Under section 84, all sales of property made by a trustee vest in the purchaser all the "legal and equitable" estate of the bankrupt therein;
- Under section 213, where a petition for a receiving order or an assignment has been filed in respect of a corporation, any proceedings that are instituted under the *Winding-up and Restructuring Act* shall abate, subject to such disposition of the costs of those proceedings as the justice (in French "équité") of the case may require;
- Under subs. 268(5), the court, on the application of a foreign representative, may apply "legal or equitable" rules governing the recognition of foreign insolvency orders.

⁵⁶ *Pogany (syndic de)*, [1997] R.J.Q. 1693 at 1700 (Sup. Ct.); *Janpar Produits de bureau Inc. (syndic de)*, [1993] R.J.Q. 1907 at 1914 (Sup. Ct.); *Maestro Ltée (syndic de)* (May 25, 2000), Montreal 500-11-011474-992, J.E. 2000-1323 (Sup. Ct.); *Re Bureau (syndic de)*, [1995] R.J.Q. 1461 at 1465 (Sup. Ct.).

⁵⁷ *Re Alliance Credit Corp.: Gagnon v. Montreal Trust Co.* (1973), 17 C.B.R. 136 (Que. Sup. Ct.); *Frederickton Co-operative Ltd v. Smith* (1921-22), 2 C.B.R. 154 (N.-B.K.B.); *Re Stanley & Bunting* (1924-25), 5 C.B.R. 18 (Ont. Sup. Ct.); *Re Duranceau: Perras v. Cie mutuelle d'immeubles Ltée* (1954), 34 C.B.R. 198 (Que. Sup. Ct.).

⁵⁸ *Re 125258 Canada Inc. (formerly Cast North America Ltd.)*; *Bissager v. Banque Royale du Canada*, [1986] R.J.Q. 1666 at 1680 (Sup. Ct.), aff'd [1990] R.J.Q. 1547 (C.A.). Voir aussi *Meublerie André Viger Inc. (syndic de)*, [1992] R.J.Q. 1461 at 1467 (C.A.).

raise the issue of how a Quebec Superior Court judge may apply them without having the jurisdiction to do so. On this point, in the decision in *Castor Holding Ltd.*, Guthrie J. of the Quebec Superior Court stated:

[translation] The Superior Court is the court of original general jurisdiction; it hears at the trial level all proceedings that formal provisions of the law have not allocated exclusively to other courts (art. 31 C.C.P.). The Superior Court has all the powers required to exercise this jurisdiction (art. 46 C.C.P.). It is not necessary to import jurisdiction in equity in order to broaden this Court's jurisdiction. The purpose of subsection 183(1) of the B.I.A. is merely to ensure that the superior courts in the common law provinces can exercise their jurisdiction in law and in equity in exercising their general jurisdiction. This section does not give the Quebec Superior Court, in exercising its jurisdiction in bankruptcy matters, a power in addition to the power it already has [emphasis added].⁵⁹

That said, although the jurisdiction in equity conferred by the B.I.A. is directed only at the superior courts in the common law provinces, in the decision in *Structal (1982) inc. v. Fernand Gilbert Itée*, the Quebec Court of Appeal did apply the concept of "equitable set-off" set out by the Supreme Court of Canada in *Holt v. Telford*,⁶⁰ a ruling strongly criticized by André Bélanger.⁶¹

2.3. Petitioning in bankruptcy and other procedural issues

Petitioning in bankruptcy, the procedure that initiates bankruptcy proceedings, raises a number of conceptual issues, particularly concerning the supplementary law to be applied.⁶² We shall look first at the special characteristics of petitioning in bankruptcy, its common law derivation, and its use in the context of Quebec civil law. At the end of this part, we shall look at the special characteristics of other procedures provided for in federal bankruptcy legislation.

Special characteristics of petitioning in bankruptcy

Petitioning in bankruptcy is derived from a set of rules intended to be complete; the purpose of this accelerated, exceptional, quasi-criminal procedure is to obtain a receiving order.

(i) Set of rules intended to be complete

According to the case law indexed in the *Canadian Encyclopedic Digest*, the procedure provided for in the B.I.A. forms a complete set of rules adopted in order to provide quick, effective, less costly ways of settling issues raised in the administration of bankrupts' property.⁶³ Although some cases that we shall see at the end of this part may require the application of rules of supplementary law, petitioning in bankruptcy is a procedure derived from a set of rules intended to be complete.

⁵⁹ *Castor Holdings Ltd. (syndic de)*, (29 October 1999), Montreal 500-11-001584-925, J.E. 99-2246 (Sup. Ct.).

⁶⁰ *Holt v. Telford*, [1987] 2 S.C.R. 193 at 206; *Structal (1982) Inc. v. Fernand Gilbert Itée*, [1999] R.J.Q. 1686 (Sup. Ct.). This case law is cited in *Nolisair International Inc. (syndic de)* (22 August 2000) Montreal 500-09-008036-998, J.E. 2000-1665 (C.A.).

⁶¹ André Bélanger, "L'application en droit civil québécois de l'inapplicable equitable set-off de common law" (1999) 78:3-4 Can. Bar Rev. 486.

⁶² Subsection 43(1) of the B.I.A. reads as follows:

(a) subject to this section, one or more creditors may file in court a petition for a receiving order against a debtor if, and if it is alleged in the petition that,

(a) the debt or debts owing to the petitioning creditor or creditors amount to one thousand dollars; and

(b) the debtor has committed an act of bankruptcy within six months next preceding the filing of the petition.

⁶³ *Canadian Encyclopedic Digest*, vol. 2, 3th ed. (Scarborough: Carswell, 1984) at 397.

(ii) Accelerated procedure

The progress through the courts of petitions in bankruptcy ought to be expeditious. In the reasons for dismissing an appeal concerning a receiving order issued by the Quebec Superior Court, Owen J. of the Quebec Court of Appeal stated as follows:

In dealing with a bankruptcy, it is necessary to keep in mind the underlying philosophy that matters should be dealt with and the assets realized and distributed as expeditiously and economically as possible. Bankruptcy proceedings are primarily for the benefit of the creditors and are not intended to be dragged out by the technicalities, procedural and otherwise, for the advantage of the debtor and the friends of the debtor.⁶⁴

(iii) Exceptional procedure

Petitioning in bankruptcy is an exceptional procedure; its purpose is to divest debtors of their property and thus of the administration of their patrimony.⁶⁵ In fact, under the rules set out in the *jus commune*, insolvency is exceptional: when debtors become insolvent, in a way their relationships with others become unbalanced. In order to re-establish balance, federal bankruptcy legislation allows discharge from indebtedness so debtors can create new contractual ties with others again.

(iv) Quasi-criminal procedure

Bankruptcy proceedings were originally designed to penalize insolvent debtors; the debtors' prison was a byword. Later, bankruptcy laws allowed for discharge from indebtedness.⁶⁶ Methods gradually became more humane, and options introduced included proposals,⁶⁷ summary administration,⁶⁸ the orderly payment of debts,⁶⁹ and consumer proposals.⁷⁰ As well, just recently the federal Parliament introduced mediation, a procedure aimed at allowing creditors and debtors to resolve situations of insolvency without going through the legal procedure.⁷¹

Despite this slow evolution in search of kinder ways of resolving situations of insolvency, the B.I.A. is still considered punitive in nature, if only by courts in the common law provinces.⁷² However, this view does not appear to be unanimously held by all common law judges. For example, we quote the remarks by Sutherland J. of the Supreme Court of Ontario in *Re Bookman*:

Proceedings under the *Bankruptcy Act* are sometimes referred to as "quasi-criminal" doubtless because they involve the state, affect status and cannot, in the case of a petition, be simply discontinued at the behest of the parties. The term "quasi-criminal" is employed in cases such as

⁶⁴ *Pacific Mobile Corp. v. Hunter Douglas Canada Ltd.*, (16 January 1979) 200-09-000205-788 (C.A.Q.) aff'd [1979] 1 S.C.R. 842 at 843.

⁶⁵ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 at 111.

⁶⁶ *Ibid.* at 4-8.

⁶⁷ S. 50ff. B.I.A., introduced in 1919.

⁶⁸ S. 155 B.I.A., introduced in 1949.

⁶⁹ S. 217ff. B.I.A., introduced in 1967. This part is not applied in Quebec.

⁷⁰ S. 66.11ff. B.I.A., introduced in 1992.

⁷¹ Introduced in 1997, mediation is aimed at settling disputes over the amount bankrupts must pay their creditors (excess income) and over the conditions under which persons may be discharged from bankruptcy. See the Internet site for the Office of the Superintendent of Bankruptcy: <http://strategies.ic.gc.ca/SSGF/br01083f.html>.

⁷² *Re Dallas/North Group Inc.* (1999), 46 O.R. (3rd) 602 at 603 (Gen. Div.); *Re 307309 B.C. Ltd.* (1991), 11 C.B.R. (3rd) 187 at 191 (B.C.S.C.); *Re Whatznu Fashions (1988) Ltd.* (1989), 73 C.B.R. (N.S.) 241 (Ont. H.C.J.); *Re Saleh* (1982), 42 C.B.R. 41 at 43 (Ont. H.C.J.); *Re Consoli* (1982), 41 C.B.R. (N.S.) 203 at 205 (Ont. H.C.J.); *Re Holmes and Sinclair* (1975), 20 C.B.R. (N.S.) 111 at 112 (Ont. H.C.J.); *Re Elkind* (1967), 9 C.B.R. (N.S.) 274 at 278 (Ont. H.C.J.).

Re Elkind, Samuel Hart & Company v. Elkind (1966), 9 C.B.R. (N.S.) 274 where strict compliance with the provisions relating to bankruptcy petitions is being insisted upon by the Court. However, in essence the proceedings under the *Bankruptcy Act* are civil proceedings and so not themselves directly affected by s. 11(c) of the Charter.⁷³

This concept seems to be completely ignored by Quebec courts. Only one short passage by Kaufman J. of the Quebec Court of Appeal in the reasons for the decision in *Gilbert v. Gilbert* designates the B.I.A. as at best quasi-criminal.⁷⁴ In fact, according to Professor Bohémier, this concept appears to have fallen into disuse and has seemingly been replaced with the patrimonial aspect of the B.I.A.⁷⁵

Common law derivation of petitioning in bankruptcy

Petitioning in bankruptcy is an old procedure derived from the common law tradition. The word "petition" was already used in 19th-century English law to designate the procedure under which creditors' rights could be recognized in bankruptcy cases.⁷⁶ This word can also designate a procedure to initiate primary civil proceedings in the common law provinces. As such, it is one of the procedures used to initiate actions.⁷⁷

Where terminology is concerned, the word "pétition" is usually used to render the word "petition". That said, examples of the use of the word "requête" can be found in the French versions of certain statutes,⁷⁸ including some in the federal legislative corpus.⁷⁹

Although theoretically petitioning is derived from the common law tradition, in the context of bankruptcy the nature of this procedure raises some issues. In *Re Ristimaki*, the Ontario Registrar in Bankruptcy was to decide whether a third party (in this case, the Canada Customs and Revenue Agency) could obtain leave to intervene in a petitioning in bankruptcy; the Agency claimed that the

⁷³ *Re Bookman* (1984), 49 C.B.R. (N.S.), 267 at 282 (Ont. H.C.J.).

⁷⁴ *Gilbert v. Gilbert*, [1975], C.A. 411.

⁷⁵ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 at 112.

⁷⁶ *The Oxford English Dictionary*, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1989) at 633. In the late 1800s, "a petition [was] a proper mode of coming before the court for the relief of insolvent debtors".

⁷⁷ Actions are usually initiated by statements of claim. *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C-43, s.1. If there is not enough time to draft a statement of claim, the Ontario *Rules of Civil Procedure* allow for a notice of action to be filed; it is imperative that the notice of action be followed by a statement of claim. *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg 194, s. 14.01. Applications are the other judicial procedure used in Ontario civil courts. The court may not hear applications unless there is specific statutory provision for them; if there is such provision, the party making the application may file a notice of application: *Rules of Civil Procedure*, ibid., s. 38.

⁷⁸ One example is the *Municipalities Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-22, s. 24-25.

⁷⁹ Examples of the use of the word "requête" to translate the word "petition" in federal statutes include:
Companies' Creditors Arrangements Act, R.S.C. 1985, c. C-25, s. 10:

Applications [...] shall be made by petition or by way of originating summons or notice of motion.	<i>Demandes [...] peuvent être formulées par requête ou par voie d'assignation introductive d'instance ou d'avis de motion.</i>
--	---

Canada Business Corporations Act, R.S.C. 1985, c. C-44, s. 248:

Application [...] in a summary manner by petition.	<i>Demande [...] présentée par voie sommaire sous forme de requête.</i>
--	---

Canada Cooperatives Act, S.C. 1998, c. 1, s. 347:

Application made in any summary manner by petition [...].	<i>Demande [...] présentée par requête sommaire [...].</i>
---	--

This act was proclaimed in force 31 December 1999, SI 99-69, C. Gaz. 1999.II.1917.

receiving order would have the effect of jeopardizing its claim. At issue, then, was the application of Rule 13.01(1) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, which provided for an application for leave to intervene as an added party. The Registrar dismissed the application, considering that Rule 13.01(1) did not apply in the case. The Registrar added that the receiving order could not be considered a judgment within the meaning of Rule 13.01(1)(b) since the petition in bankruptcy to obtain the order was neither an action nor an application. The Registrar wrote as follows:

[...] I question whether a receiving order is a "judgment". "Judgment" is defined in the RCP as "a decision that finally disposes of an application or action on its merits [...]" "action" in turn is defined as a proceeding that is not an application and includes a statement of claim, notice of action, counterclaim and divorce petition, among other processes. "Application" is defined as a proceeding commenced by notice of application. A petition is neither an action nor an application, by these definitions [emphasis added].⁸⁰

Why did Owen J. not recognize petitioning in bankruptcy as one of the "other processes"? Are we to understand from this decision that petitioning in bankruptcy is an autonomous procedure to which no supplementary law in provincial private law applies? The above-quoted passage illustrates the issues raised by the very nature of petitioning in bankruptcy, in a common law context. We shall now consider the issues raised by the use of petitioning in bankruptcy in a civil law context.

Use of petitioning in bankruptcy in Quebec civil law

In Quebec, the word "pétition" has been used to mean a judicial proceeding, for example a "pétition de droit" or an "action pétitoire". Today, this word is used only in the expression "pétition d'hérédité", or petition for inheritance, an application for recognition of heredity.

(i) "Pétition de droit"

The "pétition de droit" designated an application for leave, submitted to the Sovereign by a person initiating proceedings against the state.⁸¹ Articles 94ff. of the *C.C.P.* now govern proceedings against the state, which must be initiated by means of declarations or motions.

(ii) "Action pétitoire"

Under the *C.C.L.C.*, the purpose of an "action pétitoire" was to ensure judicial protection of property. The articles of the *C.C.P.* governing the "action pétitoire" were repealed by the Quebec National Assembly with the introduction of article 912 of the *C.C.Q.*, which provides that owners may take legal action to have their right acknowledged.⁸²

(iii) Petition of inheritance

The word "pétition" is still used today in the expression "pétition d'hérédité", or petition for inheritance, designating successors' right to have their heirship recognized.⁸³ Although petitions of

⁸⁰ *Re Ristimaki* (2000), 18 C.B.R. (4th) 246 at 249 (Ont. Bkcty).

⁸¹ H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, (Montreal: Wilson & Lafleur, 1994) at 425 [hereinafter *Dictionnaire de droit québécois*].

⁸² Department of Justice (Quebec), *Commentaires du ministre de la Justice du Québec*, t.1 (Quebec: Les Publications du Québec, 1993) at 535 [hereinafter *Commentaires du Ministre*].

⁸³ Art. 626 *C.C.Q.*

inheritance have the nature of claims, this expression does not designate the procedure used in court.

In Quebec law, only two types of procedures initiate primary proceedings. Under the *C.C.P.*, "[u]nless otherwise provided, every judicial proceeding is introduced by a declaration."⁸⁴ This is the general procedure; injunctions, for example, are initiated by declarations.⁸⁵ Also under the *C.C.P.*, certain proceedings relating to persons and property are initiated by motions;⁸⁶ motions are used to apply for declaratory judgments⁸⁷ and extraordinary recourses.⁸⁸ Petitions of inheritance are initiated in court by motions.⁸⁹

In Quebec case law, there does not seem to be a standard expression in French designating the procedure for forcing debtors into bankruptcy. A brief search of Quebec case law revealed the use of the following expressions in French:⁹⁰

- "demande d'ordonnance de séquestre",
- "demande de mise en faillite",
- "requête pour mise en faillite",
- "requête en vue d'obtenir une ordonnance de séquestre",
- "requête pour obtenir une ordonnance de séquestre",
- "requête en faillite",
- "requête de mise en faillite",
- "requête en vue de l'émission d'une ordonnance de séquestre",
- "requête de faillite",
- "requête en vue d'une ordonnance de séquestre",
- "requête pour une ordonnance de séquestre",
- "requête présentée en vertu de l'article 43 *L.F.I.*",
- "pétition de faillite",
- "pétition en faillite",
- "pétition en vue d'une ordonnance de séquestre",
- "pétition pour mise en faillite".

⁸⁴ Art. 110 *C.C.P.*

⁸⁵ Art. 752 *C.C.P.*

⁸⁶ Art. 762 *C.C.P.*

⁸⁷ Art. 453 *C.C.P.*

⁸⁸ Art. 834ff *C.C.P.*

⁸⁹ G. Brière, *Le nouveau droit des successions*, 2nd ed., Bleu coll. (Montreal: Wilson & Lafleur, 1997) at 81ff.

⁹⁰ This case law includes: *Re Bureau (syndic de)*, supra note 56; 2751-9818 *Québec inc. (Restaurant Le Campus) v. 2150-1069 Québec inc. (Carrefour La Pocatière)*, [1996] R.R.A. 1221 (Que. Sup. Ct.); *Chronberg v. 9047-4586 Québec inc. (syndic)*, [1998] A.Q. No. 1625 (Q.L.); 2782375 *Canada inc. (Re)*, [1999] J.Q. No. 1505 (Q.L.); *Pétroles Irving inc. v. Dépanneur Danielle Comeau inc. (syndic)*, [1997] A.Q. No. 4682 (Q.L.); *Parent v. Bouchard*, [1988] R.L. 77 (Que. C.A.); *Ultramar Canada Inc. v. Québec (sous-ministre du Revenu)*, [1997] R.D.F.Q. 15 (Que. C.A.); *Québec (Procureur général) (Re)*, [1997] A.Q. No. 4582 (Q.L.); *Musée des sciences naturelles de Québec Inc. (syndic) v. Banque de Montréal* (1998), 2 C.B.R. (4th) 224 (Que. C.A.); *Banque nationale du Canada v. Nilus Leclerc inc.*, [1997] A.Q. No. 4614 (Q.L.); *Gagnon v. Desrochers*, [1989] A.Q. No. 1664 (Q.L.); *Swiss Bank Corp. (Canada) v. 124298 Canada Inc.*, [1996] R.D.J. 531 (Que. C.A.); *Walter Canada Inc. v. Banque nationale du Canada*, [1986] C.B.R. (N.S.) 144 (Que. Sup. Ct.); 146236 *Canada Inc. (syndic) (Re)*, [1993] A.Q. No. 1221 (Q.L.); *Soeurs du Bon-Pasteur de Québec v. Marché Central Métropolitain inc. (syndic)*, [1999] R.J.Q. 18 (C.A.); *Textainer Equipment Management Ltd v. Compania Argentina de Navegacion Interocéanica S.A.*, [1999] J.Q. No. 2627 (Q.L.); 2768721 *Canada Inc. v. Immeubles 1555 Provencher inc. (syndic)*, [1993] A.Q. No. 95 (Q.L.); *Renda v. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [2000] J.Q. No. 2723 (Q.L.); *Mont Écho Capital Inc. v. Eichenberger*, [1998] A.Q. No. 3763 (Q.L.); *Tenneco Canada Inc. v. 167782 Canada Inc.*, [1992] A.Q. No. 1091 (Q.L.); *Réfrigération Mauvalin Ltée v. Société immobilière Bendwell Inc.*, [1990] R.J.Q. 2596 (C.A.).

Some of these expressions are often used in the same decision by the same judge. However, use of the word "requête" is constant, a fact that indicates that this term is not repugnant to judges in the civil law tradition. Authorities also use the word "requête" and the expressions "requête de mise en faillite" and "requête en faillite".⁹¹ In fact, some points of correspondence can be established between petitioning in bankruptcy and the civil law "requête":

- the form the procedure must take,⁹²
- the attestation by affidavits,⁹³
- service of petitions and affidavits,⁹⁴
- the accelerated nature of procedures,
- the fact that the procedures are expressly provided for in law.⁹⁵

It may be concluded from the foregoing observations that petitioning in bankruptcy in a civil law context raises a number of issues about what terminology designates this procedure. That said, bankruptcy petitions do not seem, *a priori*, to constitute autonomous proceedings; on the contrary, they are quite similar to "requêtes". One way of learning more is to extend our analysis to supplementary law.

Supplementary law

The main issue regarding the designation of bankruptcy petitions is the determination of the supplementary law. This issue is raised although petitioning in bankruptcy is said to form a complete set of rules. Indeed, the federal Parliament itself provides quite a clear indication of the opposite possibility; section 3 of the *B.I.G.R.* provides as follows: "[i]n cases not provided for in the Act or these Rules, the courts shall apply, within their respective jurisdictions, their ordinary procedure to the extent that that procedure is not inconsistent with the Act or these Rules."

What is this "ordinary procedure"? In Quebec, this expression seems to refer to the preliminary exceptions for which general provision is made in the *C.C.P.*, particularly in cases where debtors contest the extrinsic legality of a motion.⁹⁶ The dilatory exceptions and exceptions to dismiss actions provided for in the *C.C.P.* could also be used;⁹⁷ other examples may exist. It should be borne in mind that, in Quebec, article 763(2) of the *C.C.P.* provides as follows:

Except to the extent provided in this Title or in other provisions of this Code applicable to applications introduced by motion, applications follow the general rules applicable to applications made by declaration, including the rules relating to service or notification and to the designation of the parties and property as well as those relating to proof.

⁹¹ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 at 111ff.; J.-Y. Fortin and B. Boucher, *Insolvabilité commerciale et personnelle : Aide-mémoire*, 1st ed. (Montreal: Wilson & Lafleur, 1990) at 52ff.

⁹² According to Professor Albert Bohémier, a petitioning in bankruptcy must take the form of a motion, because Rule 11 of the *B.I.G.R.* provides that every bankruptcy application to the court must be made by motion: *Faillite et insolvabilité*, ibid. at 173. M^e Bernard Boucher also supports Rule 11 of the *B.I.G.R.*, stating that an application to initiate bankruptcy proceedings should be made by means of a "requête": B. Boucher, "La juridiction de la Cour de faillite : une perspective québécoise" (1994) 24 C.B.R. (3rd) 61 at 66. Rule 11 of the *B.I.G.R.* provides that "[s]ubject to these Rules, every application to the court must be made by motion unless the court orders otherwise". See also art. 762 C.C.P.

⁹³ Art. 763 C.C.P.; subs. 43(3) *B.I.A.*

⁹⁴ Art. 764 C.C.P., rule 70(1) *B.I.G.R.*

⁹⁵ Art. 110, 762 C.C.P.; subs. 43(1) *B.I.A.*

⁹⁶ Art. 159 C.C.P.; rules 74, 75 *B.I.G.R.* *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 at 199.

⁹⁷ Art. 165, 168 C.C.P. See *Faillite et insolvabilité*, ibid. at 204.

In the common law provinces, a brief search reveals that parties actually use a wide range of rules of civil procedure, both general and specific, to supplement silence by the *B.I.A.* Examples include:

- motion to obtain an order for security for costs,⁹⁸
- motion seeking an interpleader order,⁹⁹
- motion to for leave to intervene in a petition for a receiving order,¹⁰⁰
- application of rules of civil procedure governing offers to settle,¹⁰¹
- motion to amend petition for a receiving order,¹⁰²
- motion to add the names of three additional creditors as petitioners,¹⁰³
- calculation of deadlines,¹⁰⁴
- substitution of petitioner and amendment of petition for a receiving order.¹⁰⁵

This situation is not surprising, since the Ontario *Rules of Civil Procedure*, for example, include both general rules and rules that apply only in certain situations. As a result, the same rule is used to make motions in proceedings initiated by statements of claim and in proceedings initiated by applications. This is true in particular for:

- citations, application and interpretations,¹⁰⁶
- non-compliance with the Rules,¹⁰⁷
- time,¹⁰⁸
- court documents,¹⁰⁹
- joinders of claims and parties,¹¹⁰
- consolidation or hearing together,¹¹¹
- parties under disability,¹¹²
- representations by solicitor,¹¹³
- service of documents.¹¹⁴

⁹⁸ *Rules of Civil Procedure*, supra note 77, s. 56; *Re Towers Marts & Properties Ltd.*, [1968] 1 O.R. 605 (Ont. Bkcty.).

⁹⁹ *Rules of Civil Procedure*, ibid. s. 43; *Re S & S International Transportation Services Ltd.*, [2000] O.J. No. 4106 (Q.L.).

¹⁰⁰ *Rules of Civil Procedure*, ibid. s. 13; *Re Ristimaki*, supra note 80 (motion dismissed).

¹⁰¹ *Rules of Civil Procedure*, ibid. s. 49; *Baltman v. Coopers & Lybrand Ltd.* (1997), 47 C.B.R. (3rd) 121 (Ont. Bkcty.).

¹⁰² *Langret Investments S.A. v. McDonnell* (1996), 40 C.B.R. (3rd) 44 (B.C.C.A.).

¹⁰³ *Re Dhillon* (1997), 49 C.B.R. (3rd) 24 (B.C.S.C.).

¹⁰⁴ *Re Murray* (1995) 35 C.B.R. (3rd) 264 (N.B. Bkcty.).

¹⁰⁵ *Re Big Bud Tractor of Canada*, [1980] A.J. No. 93 (Q.L.).

¹⁰⁶ *Rules of Civil Procedure*, supra note 77, s. 1.

¹⁰⁷ Ibid. s. 2.

¹⁰⁸ Ibid. s. 3.

¹⁰⁹ Ibid. s. 4.

¹¹⁰ Ibid. s. 5.

¹¹¹ Ibid. s. 6.

¹¹² Ibid. s. 7.

¹¹³ Ibid. s. 15.

¹¹⁴ Ibid. s. 16.

On the other hand, some rules of civil procedure apply only in certain instances depending on whether an action or a motion is involved. Examples include the rules governing written proceedings in actions, counterclaims and crossclaims, and discovery of documents applicable only to actions.

In conclusion to this part, it can be said that using the word "requête" to designate petitioning in bankruptcy does not seem to cause any more real problems in the civil law context than does use of the rules set out in the *C.C.P.* One wonders what possible repercussions in the common law provinces might ensue from a simple terminological change with no intention of changing the substance of the law.

Other procedures raise certain conceptual issues. These procedures include the receiving order, pending litigation, and interpleader procedures.

Receiving order procedure

Receiving orders are issued by courts after petitions in bankruptcy (sometimes referred to as petitions for receiving orders) are filed, and hearings held, at which creditors state that the debtors' insolvency jeopardizes their claims, and debtors may state that their financial situation does not call for them to be divested of their property. Receiving orders place debtors in bankruptcy and operate as applications for discharge from indebtedness.¹¹⁵

Federal Parliament borrowed the English judicial mechanism of receiving orders and incorporated it in the *Insolvency Act* of 1919. Under the 1914 English bankruptcy legislation, receiving orders gave official receivers the power to receive debtors' property, which included the right to suspend recourse by creditors.¹¹⁶ Debtors were divested of their property, and the property transferred to trustees, only when debtors were declared bankrupt,¹¹⁷ at which point trustees were in turn considered receivers and took possession of bankrupt debtors' property. It may be helpful to point out that receiving orders do not simply transfer the right to possess and retain bankrupt debtors' property; they divest debtors of the property.¹¹⁸

Since the procedure of receiving orders did not originate in civil law, it raises a number of conceptual issues. Would the expression "déclaration de mise en faillite" be more understandable in civil law? Also to be considered is the concept of trustees' liability for administering the property; one may wonder what supplementary law is applicable. It should be noted in that regard that a sequestrator is, in fact, a depositary within the meaning of the *C.C.Q.*¹¹⁹ Another point still to be explored is the possibility that receiving orders are a legal fiction, a vestige of an old British tradition used to describe the transfer of bankrupts' property to trustees whose role itself, as has been seen, is highly complex.

¹¹⁵ Subs. 169(1) *B.I.A.*

¹¹⁶ *English Bankruptcy Act of 1914*, *supra* note 21, subs. 48(2). See A. Roper, *Ringwood's Principles of Bankruptcy*, 16th ed. (London: Sweet & Maxwell Ltd., 1930) at 62.

¹¹⁷ *English Bankruptcy Act of 1914*, *ibid.*, s. 14.

¹¹⁸ Subs. 71(2) *B.I.A.*

¹¹⁹ Art. 2305 *C.C.Q.*

Pending litigation procedure

In common law, when proceedings involve real property such as a parcel of land, applicants must file a certificate of pending litigation (*lis pendens*) with the land registry office. The purpose of this procedure is to notify the general public, and good-faith third parties in particular, that proceedings involving the property, or the outcome of the proceedings, could affect title to the property.¹²⁰ Briefly, third parties may purchase the property, but at their risk and peril.¹²¹ Since this procedure protects the public interest, it forms an integral part of the legal process.

The federal Parliament felt it necessary to include this common law rule in federal bankruptcy legislation; section 107 of the *B.I.G.R.* reads as follows:

Where land, any structure on land, or any interest relating thereto is the object of litigation under sections 91 to 100 of the Act, the registrar may, once a copy of the statement of claim, signed by the plaintiff's legal counsel, is filed with the court, issue a certificate of *lis pendens* and, if the plaintiff is unsuccessful in whole or in part, a certificate of disallowance.

Here again, including this procedure in national legislation has the effect of introducing a rule from the common law tradition into a civil law tradition. Application of this Rule, although rare, seems to give rise to some degree of unease.¹²²

It should be noted that since 1994 Quebec civil law has included a seemingly similar procedure:¹²³ any judicial demand concerning a real right that shall or may be published in the land register may, by means of a notice, be the subject of an advance registration. This advance registration procedure has no immediate effect; it is conditional on a possible second registration, registration of the judgment.

However, this advance registration procedure differs from the pending litigation procedure in three ways. Firstly, advance registration is optional; applicants are not required to pre-register their rights in the land register. Secondly, advance registration is a conditional priority that must be confirmed by registration of the judgment; at that point the applicant's rights to the property take effect retroactively to the date of advance registration, thus taking precedence over rights registered after that date. In comparison, registration of a certificate of pending legislation, from which no party benefits, simply notifies good-faith third parties that a decision involving the property is being made and may alter the title to the property. Thirdly, advance registration does not form an integral part of the Quebec legal process, but is merely a procedure available to applicants.

As well, use of the French word "litispendance" to designate the pending legislation procedure may give rise to some degree of confusion in the minds of civil law practitioners, since article 165 of the *C.C.P.* provides for exceptions to dismiss actions if there is "litispendance". Here, this expression designates situations in which two proceedings involving the same facts and the same parties are initiated in two separate jurisdictions, and the purpose of exceptions to dismiss actions is to have one set of proceedings dismissed; of course, this is another procedure altogether than the pending litigation procedure.

¹²⁰ *Courts of Justice Act*, *supra* note 77, s. 103; *Rules of Civil Procedure*, *supra* note 77, s. 42.

¹²¹ G.D. Watson and C. Perkins, *Homestead and Watson, Ontario Civil Procedure*, vol. 3 (Toronto: Carswell, 1984) at 42-1ff.; P.G. Vogel, *Cohen Melnitzer's Civil Procedure in Practice* (Toronto: Carswell, 1989) at 6-39.

¹²² See the remarks by Brossard J. of the Quebec Court of Appeal in *Langevin v. Weinberg Bros. Inc.*, [1971] C.A. 122 at 127.

¹²³ Art. 2966 *C.C.Q.*

Interpleader procedure

The interpleader procedure is an equity procedure to determine claimants' rights to property held by third parties.¹²⁴ The *B.I.A.* uses this concept: under paragraph 42(1)(e), if there are interpleader proceedings opposing seizure of debtors' property, time elapsed is not taken into account in determining whether debtors have committed acts of bankruptcy.

If the federal Parliament intended the *B.I.A.* to apply uniformly to all creditors, why include this provision for a strictly common law procedure? Can the interpleader procedure, deriving from an equity law doctrine, be introduced, understood and used in Quebec law by means of the *B.I.A.*? If not, why include this provision, which benefits only creditors in the common law provinces?

Would it be appropriate, regarding civil law audience, to refer to the opposition to seizure in execution, by third parties who have a right to claim any part of property seized?¹²⁵ We are considering these issues.

2.4. Application of Part XI

Regarding harmonization of the *B.I.A.* with Quebec civil law, Part XI of the *B.I.A.* raises issues concerning the identification of receivers, and concerning the advance notice secured creditors must send debtors before their rights and receivers' obligations can be exercised in administering bankrupts' property.

Identification of receivers

Since 1992, the *B.I.A.* has included provisions governing recourse by secured creditors. In these provisions, the federal Parliament requires receivers to act honestly in administering and liquidating debtors' property.¹²⁶ However, these rules apply only when receivers take possession of debtors' property to administer it. Subsection 243(2) of the *B.I.A.* defines receivers within the meaning of Part XI as follows:

Subject to subsection (3), in this Part, "receive" means a person who has been appointed to take, or has taken, possession or control, pursuant to (a) an agreement under which property becomes subject to a security (in this Part referred to as a "security agreement"), or (b) an order of a court made under any law that provides for or authorizes the appointment of a receiver or receiver-manager, of all or substantially all of (c) the inventory, (d) the accounts receivable, or (e) the other property of an insolvent person or a bankrupt that was acquired for, or is used in relation to, a business carried on by the insolvent person or bankrupt.

This definition has two basic components. Firstly, receivers are the persons who take possession of insolvent debtors' property. Secondly, receivers must be authorized to do so by means of an order or a security agreement. The wording of this definition is nevertheless ambiguous and allows for two contradictory interpretations.

Broadly interpreted, the wording "a person who has been appointed to take, or has taken, possession [of property]" presents an alternative, between the traditional concept and what would be a new concept of receivers. According to this definition, receivers may be persons traditionally

¹²⁴ J. R. Nolan, *Black's Law Dictionary*, 6th ed. (St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990) at 817.

¹²⁵ Art. 597 C.C.P.

¹²⁶ Ss. 246, 247 *B.I.A.*

appointed under an order or a security agreement, but may also be creditors who have taken possession of property under a security contract in order to realize the security.

Strictly interpreted, on the other hand, subsection 243(2) of the *B.I.A.* refer only to the traditional concept of receivers, and therefore receivers it defines are persons who take possession of insolvent debtors' property under a court order or a security agreement.

These arguments were made before Baynton J. of the Saskatchewan Court of Queen's Bench. After recognizing the validity of each argument, Baynton J. ruled in favour of the strict interpretation. He added, however, that in light of the purposes of Part XI of the *B.I.A.*, secured creditors could be receivers within the meaning of subsection 243(2) of the *B.I.A.* on condition that they be appointed under an order or a security agreement to take possession of their debtors' property.¹²⁷

Applied in Quebec, this decision would mean that subsection 243(2) of the *B.I.A.* does not apply to hypothecs. As M^e Alain Riendeau has argued, the legal basis for allowing hypothecary creditors to exercise their rights if debtors default is not found in court orders or security agreements, but in the *C.C.Q.*¹²⁸ Professor Jacques Deslauriers, however, is less categorical, stating as follows: [translation] "[i]n Quebec at least, there is no agreement on identifying guarantees that, if implemented, would trigger the receivership rules under Part XI."¹²⁹

In fact, it seems that in Quebec, security agreements within the meaning of subsection 243(2) of the *B.I.A.* were implemented by means of trust deeds, under which debtors' businesses, inventory, accounts receivable and other property were taken possession of and liquidated. Quebec's former *Special Corporate Powers Act* provided for these trust deeds for the benefit of obligees, whose trustees ("fiduciaires") could take possession of, administer and liquidate the property of defaulting issuer debtors.¹³⁰ The disappearance of these trust deeds with the reform of the *C.C.Q.* may have given the impression that Part XI of the *B.I.A.* no longer applies in Quebec.¹³¹

This categorical statement, however, must be qualified: in Quebec there are creditors whose security is provided for in legislation other than the *C.C.Q.* and can be realized using receivers. Examples include security contracts between banks and their customers, which may provide for taking possession of customers' inventories. As Gonthier J. of the Supreme Court of Canada wrote in the decision in *Atomic Slipper*: "[...] there is nothing to prevent a bank taking possession of goods if it has acquired such a right by agreement and the debtor does not object. In that case, it does not have to seek leave of the court in order to realize on its security."¹³²

In case of insolvent customers, Part XI of the *B.I.A.* would probably apply. Theoretically, banks' receivers are to carry out the obligations set out in sections 246 and 247 of the *B.I.A.* They are also

¹²⁷ *Farm Credit Corporation v. Corriveau* (1993) 20 C.B.R. (3rd) 124 (Sask. Q.B.).

¹²⁸ A. Riendeau, "L'insolvabilité et l'exécution des garanties" (Conference of the Faculty of Law, McGill University, Montreal, March 29-30, 1996) at 24 [hereinafter "L'exécution des garanties"].

¹²⁹ "Conférence sur le projet de loi S-22", *supra* note 36 at 15.

¹³⁰ S.R.Q. c. P-16, s. 27ff. These sections were amended by *An Act Respecting the Implementation of the Reform of the Civil Code*, S.Q. c. 57, s. 642ff. Before these amendments, taking possession of defaulting debtors' property had to be expressly authorized in the trust deed: L. Lévesque, *L'Acte de fiducie*, Coll. Minerve (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991) at 28ff. Taking possession of property did not transfer ownership rights, which remained with the debtors: *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7. An interesting point is that trustees ("fiduciaires") could act directly without appointing receivers: Y. Caron, "De l'action réciproque du droit civil et de common law dans le droit des compagnies de la province de Québec", in J.S. Ziegel, *Studies in Canadian Company Law* (Toronto: Butterworths, 1967) at 141. See also P. Ciotola, *Droit des sûretés*, 3th ed. (Montreal: Thémis, 1999) at 251ff.

¹³¹ "L'exécution des garanties", *supra* note 128.

¹³² *National Bank of Canada v. Atomic Slipper Co.*, [1991] 1 S.C.R. 1059 at 1091.

to administer the property "honestly and in good faith" and "in a commercially reasonable manner". In addition, they are to prepare and provide reports describing how they have carried out their responsibilities concerning the property.

As M^e Riendeau states, the C.C.Q. provisions governing administration of the property of others have similar purposes.¹³³ As well, as Professor Jacques Deslauriers notes: [translation] "[...] in 1992 and 1994, the legislatures had similar objectives and motivations. However, although some debtors once claimed that, where some of their creditors were concerned, the law of the jungle prevailed, we now swim in a veritable sea of notification and monitoring processes [...]."¹³⁴

One may wonder whether the federal Parliament intends to rely on Quebec provincial law. If so, it might be helpful to subject receivers' taking possession of insolvent debtors' property on behalf of banks to the C.C.Q. rules governing the administration of the property of others.

Advance notice

Subsection 244(1) of the B.I.A. requires secured creditors to send an advance notice to insolvent debtors before realizing their security.¹³⁵ In particular, secured creditors may not realize their security until 10 days have expired. That said, the C.C.Q. provides for immediate surrender of debtors' property if the property may perish or if the claim may be endangered.¹³⁶ At first glance, this possibility of immediate surrender of debtors' property appears incompatible with the 10 days' advance notice required under subsection 244(1) of the B.I.A.; the latter should prevail. One can always consider the relevance of harmonizing these sections.

2.5. Bankruptcy of Quebec partnerships and trusts ("fiducies")

The recent changes to civil law trusts ("fiducies") and the introduction of autonomous patrimonies by appropriation raise the issue of what rules apply when these patrimonies become insolvent; this issue also applies to partnerships.

Partnerships' bankruptcy

The system applicable under the B.I.A. assumes the existence of an insolvent or bankrupt debtor that is at least a legal entity with juridical personality.¹³⁷ Interestingly enough, it considers partnerships to be persons.¹³⁸

¹³³ "L'exécution des garanties", *supra* note 128 at 28ff.

¹³⁴ "Conférence sur le projet de loi S-22", *supra* note 36 at 15.

¹³⁵ It has been recognized that the 60 days prior notice provided for in art. 2757 and 2758 of the C.C.Q. is equivalent to the advance notice provided for in s. 244 of the B.I.A. Thus, filing this prior notice discharges creditors of the obligation to file an advance notice. *Société en fiducie de la Banque de Hongkong v. Développements sociaux du Sud-ouest*, [1996] R.D.I. 331 (Que. Sup. Ct.).

¹³⁶ Art. 2767(1) C.C.Q.

¹³⁷ Subsection 2(1) of the B.I.A. defines "bankrupt" as follows:

[a] person who has made an assignment or against whom a receiving order has been made or the legal status of that person.

The same section defines "insolvent person" as follows:

[a] person who is not bankrupt and who resides, carries on business or has property in Canada, whose liabilities to creditors provable as claims under this Act amount to one thousand dollars, and

(a) who is for any reason unable to meet his obligations as they generally become due,

(b) who has ceased paying his current obligations in the ordinary course of business as they generally become due, or

(c) the aggregate of whose property is not, at a fair valuation, sufficient, or, if disposed of at a fairly conducted sale under legal process, would not be sufficient to enable payment of all his obligations, due and accruing due.

¹³⁸ For the purpose of subsection 2(1) of the B.I.A. "person":

[i]ncludes a partnership, an unincorporated association, a corporation, a cooperative society or an organization, the successors of a partnership, association, corporation, society or organization, and the heirs, executors, liquidators of the succession, administrators or other legal representative of a person, according to the law of that part of Canada to which the context extends.

Under Quebec law, partnerships may take one of four forms: general partnerships, limited partnerships, undeclared partnerships, and joint-stock companies,¹³⁹ the last of which are moral persons.¹⁴⁰ Moral persons are endowed with juridical personality.¹⁴¹

Although the *C.C.Q.* is less clear about other forms of partnership, some indications suggest that general partnerships may have certain characteristics of juridical personality.¹⁴² For example, article 2198 of the *C.C.Q.* on general partnerships provides, "[a] partner is a debtor to the partnership for everything he promises to contribute to it." Article 2225 of the *C.C.Q.* provides, a partnership may sue and be sued in a civil action under the name it declares. Article 2199 of the *C.C.Q.* is somewhat more explicit:

A contribution of property is made by transferring rights of ownership or of enjoyment and by placing the property at the disposal of the partnership. [...] A contribution consisting in the enjoyment of property that would normally be required to be renewed during the term of the partnership transfers ownership of the property to the partnership, which becomes liable to return property of the same quantity, quality and value [emphasis added].

Legal entities that may hold debts, sue, and receive transferred ownership of property bear a striking resemblance to entities with juridical personality. The same may be said about limited partnerships. Article 2241 of the *C.C.Q.* provides as follows:

While the partnership exists, no special partner may withdraw part of his contribution in property to the common stock, in any way, unless he obtains the consent of a majority of the other partners and the property remaining after the withdrawal is sufficient to discharge the debts of the partnership [emphasis added].

If general partnerships may have debts, could it be affirmed that they have a patrimony, and therefore may become insolvent, particularly since the rules governing general partnerships apply to limited partnerships?¹⁴³ The Quebec *ministère de la Justice* has nevertheless commented that, although authorities and case law:

[translation] [...] have often recognized that partnerships, particularly general and limited business partnerships, have some degree of juridical personality, [...] this juridical personality has never been considered as complete as that attributed to corporations, for example.¹⁴⁴

Still according to the Quebec *ministère de la Justice*, attributing juridical personality to partnerships would not confer any particular real advantages, and might create a disparity of treatment between partnerships formed anywhere else in North America, which do not have juridical

¹³⁹ Art. 2188 *C.C.Q.*

¹⁴⁰ Art. 2188(2) *C.C.Q.*

¹⁴¹ Art. 298 *C.C.Q.*

¹⁴² Undeclared partnerships do not appear to enjoy juridical personality. According to Professor Yves Lauzon, this is due to the fact that each partner retains ownership over the property constituting his contribution to the partnership. Yves Lauzon, "Du contrat de société et d'association", in *Barreau du Québec and Chambre des notaires du Québec, La réforme du Code civil*, vol. 2 (Québec: Les Presses de l'Université Laval, 1993) 955 at 960ff. See C. Bouchard, "Le dynamisme nouveau de la notion de société : l'autonomie patrimoniale hors du cadre de la personnalité morale", in *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain: Conférences commémoratives Meredith 1997* (Montreal: Faculty of Law, McGill University, 1997) 17 at 24ff [hereinafter "Le dynamisme nouveau de la notion de société"].

¹⁴³ Art. 2249 *C.C.Q.*

¹⁴⁴ *Commentaires du Ministre*, *supra* note 82 at 1378, 1379.

personality.¹⁴⁵ In particular, this attribution would set partnerships created in Quebec apart from those created in the rest of Canada.¹⁴⁶

In a recent decision on partnership law, Brossard J. of the Quebec Court of Appeal stated as follows:

[translation] In Quebec, the majority trend in both authorities and case law has been to recognize that partnerships have separate patrimony and are moral persons, although this latter characteristic has sometimes been described as incomplete. [...] Ownership rights are an attribute of persons and can therefore belong only to physical or moral persons. My argument is that partnerships do not have juridical personality separate from that of the partners and therefore may not have patrimony separate from that of the partners. [...] in the case of partnerships, what must be borne in mind is that all administrative and legal actions by a partnership (signing contracts, managing assets, owning property), which often appear to be made in the partnership's own name, are so made only in the partnership's capacity as agent for the partners, in accordance with the specific agreements drawn up among them. [...] I do not believe that the Quebec Code implicitly attributes juridical personality to partnerships. On the contrary, it seems to me that its provisions confirm that partnerships do not have juridical personality and cannot own property.¹⁴⁷

According to Professor Charlaïne Bouchard, this approach appears to be too restrictive in light of the attributes partnerships have enjoyed since 1994.¹⁴⁸ Professor Bouchard goes on to say that general partnerships and limited partnerships should constitute autonomous patrimonies, the way civil law trusts do.¹⁴⁹ Would that allow partnerships to fall into bankruptcy? Professor Bohémier notes the position expressed by authorities and case law on this point as follows:

[translation] For the purposes of the *Bankruptcy Act*, authorities and case law refuse to recognize that partnerships have juridical personality. Partnerships may be declared bankrupt only by means of bankruptcy of all the partners. Any bankruptcy proceedings must be initiated by or against the partners themselves, never by or against the actual partnership.¹⁵⁰

However, it should be pointed out that unincorporated associations have been recognized as having juridical personality, and may therefore become bankrupt.¹⁵¹ Thus, if unincorporated associations may become bankrupt, what is there to prevent partnerships from doing so as well? Considering *B.I.A.* provisions governing bankruptcy of partners in a partnership, does it necessarily

¹⁴⁵ Ibid.

¹⁴⁶ *Huffman v. Ross*, [1926] S.C.R. 5; *Re Gillepsl* (1913), 3 W.W.R. 791 (Man. K.B.); *Re Thome and New Brunswick Workmen's Compensation Board* (1961), 48 M.P.R. 56 (N.-B.C.A.).

¹⁴⁷ *Québec (Ville de) v. Compagnie d'immeubles Allard Itée*, [1996] R.J.Q. 1566 (Que. C.A.).

¹⁴⁸ Professor Bouchard writes:

Contrary to recent case law trends, partnerships constitute autonomous patrimonies by appropriation and enjoy juridical attributes. In fact, the external consequences of a legal person are quite similar to those of a patrimony by appropriation: general partnerships and limited partnerships have names, domiciles, may sue and be sued under civil actions and their juridical personality allows them to acquire and sell property under their names regardless of associates change.

"Le dynamisme nouveau de la notion de société", *supra* note 142 at 60-61. See art. 2189, 2197, 2225 C.C.Q.; *An Act Respecting the Legal Publicity of Sole Proprietorships, Partnerships and Legal Persons*, L.R.Q. c. P-45, ss. 10, 13, 18.

¹⁴⁹ C. Bouchard, "Le fondement du patrimoine autonome des sociétés de personnes" (1996) 2 C.P. du N. 33. Under the C.C.Q., trusts and foundations may constitute a patrimony by appropriation. See art. 1256ff C.C.Q.

¹⁵⁰ *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 21 at 141. See also *Re Noble & Son* (1924-25), 5 C.B.R. 147 (Ont. Sup. Ct.); *Re Walkeam; Ex Parte Walkeam* (1924-25), 5 C.B.R. 821 (Ont. Sup. Ct.); L.-J. de la Durantaye, *Traité de la faillite* (Montreal: Chez l'auteur, 1934) at 80; L.W. Houlden (1952-53), 33 C.B.R. 200.

¹⁵¹ *Argus Adjusters and Appraisers Ltd. v. Assistance Loan and Finance Corporation*, [1964] B.R. 375 [hereinafter *Argus Adjusters*].

follow that the purpose of these provisions is to take away the right to sue the partnership itself?¹⁵² We could add that Rule 109 of the *B.I.G.R.* seems to make express provision for cases in which partnerships are the subject of receiving orders.¹⁵³ And that the *C.C.Q.* provides for this particular situation.¹⁵⁴ We could consider the following statement by Professor Bohémier:

[translation] Because the legislation provides for and recognizes the juridical personality of partnerships, we believe that partnerships can become bankrupt in the same way as estates, executors, or unincorporated associations can become bankrupt.¹⁵⁵

As the issue regarding partnerships' juridical personality is still open, so is the issue regarding the bankruptcy of partnerships. However, the latter raises even greater concerns since it arises in the context of federal legislation, the *B.I.A.* which is closely tied to Quebec civil law as well as the private law of other Canadian provinces and whose purpose is to treat creditors equally.

Bankruptcy of Quebec trusts ("fiducies")

Since the civil law reform of 1994, trusts ("fiducies") may constitute autonomous patrimonies by appropriation.¹⁵⁶ Because these trusts constitute patrimonies, they bring together one or more forms of property. Since they are appropriated autonomously, they are linked to no holders. Neither settlors, trustees ("fiduciaires") nor beneficiaries have any ownership rights in these trusts;¹⁵⁷ trustees themselves have only control over property transferred to these patrimonies.¹⁵⁸ As a result, bankruptcy of one of these persons cannot have the effect of transferring property from trusts' patrimonies to trustees ("syndics"). In this regard, paragraph 67(1)(a) of the *B.I.A.* is probably inapplicable.¹⁵⁹

It should be noted that, when trustees ("fiduciaires") or beneficiaries become bankrupt, these trustees' duties as administrators of the property of others are terminated.¹⁶⁰ In addition, according to Professor Albert Bohémier, paragraph 67(1)(d) of the *B.I.A.* supports the argument that existing powers of these trustees over property constituting patrimonies by appropriation are vested in trustees ("syndics").¹⁶¹

The issue of bankruptcy of actual trusts ("fiducies") is worth raising. One may wonder whether introducing the concept of "autonomous patrimonies by appropriation" into Quebec civil law has not had the effect of creating a legal entity much like that of moral persons. From the concept of

¹⁵² S. 43(15), 43(16), 85, 142, 153 *B.I.A.*

¹⁵³ Rule 109 of the *B.I.G.R.* provides as follows:

[w]here a partnership is bankrupt, the creditors of the partnership and of each bankrupt partner shall be convened collectively for the first meeting of creditors. [emphasis added]

¹⁵⁴ Art. 2248 *C.C.Q.* According to Justice minister's comments, this provision applies in cases where limited partnerships become bankrupt or insolvent. *Commentaires du Ministre*, *supra* note 82, at 1417.

¹⁵⁵ *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 21 at 142. See *Argus Adjusters*, *supra* note 151.

¹⁵⁶ Art. 1260ff *C.C.Q.*

¹⁵⁷ Art. 1261 *C.C.Q.*

¹⁵⁸ Art. 1278 *C.C.Q.*

¹⁵⁹ Paragraph 67(1)(a) of the *B.I.A.* also provides that the property of bankrupts vested in trustees ("syndics") shall not comprise property held by bankrupts in trust for any other persons. See "Research in Bijuralism", *supra* note 33 at 859.

¹⁶⁰ Art. 1355 *C.C.Q.*

¹⁶¹ "Research in Bijuralism", *supra* note 33 at 859. Paragraph 67(1)(d) of the *B.I.A.* provides as follows:

The property of a bankrupt divisible among his creditors shall not comprise [...]

(d) such powers in or over or in respect of the property as might have been exercised by the bankrupt for his own benefit.

However, the words "for his own benefit" appear to limit the application of this provision to a situation that does not apply to Quebec trusts ("fiducies").

patrimonies by appropriation with no holders—which resemble headless horsemen—to the idea that they have juridical personality is only a short step, and one we still cannot take.

2.6. Roles of trustees ("syndics")

The *B.I.A.* deals with trustees in the Part entitled "Administrative Officials". As administrative officials, trustees are considered officers of the court.¹⁶² However, the *B.I.A.* gives trustees a much more complex status: Professor Albert Bohémier writes that describing the roles of trustees is one of the most problematic subjects in bankruptcy law.¹⁶³ We shall therefore limit ourselves to addressing issues raised by the various roles trustees are called upon to play under the *B.I.A.*: trustees (here "fiduciaires"), grantees (here "cessionnaires"), administrators of the property of others, receivers, and owners.

Trustees ("fiduciaires")

The French version of section 15.1 of the *B.I.A.* specifically provides, "[l]e syndic est un fiduciaire au sens de l'article 2 du Code criminel." The purpose of this designation is to make it possible to apply against trustees certain *Criminal Code* provisions on fiduciary obligations. The *Criminal Code* defines the word "trustee" by reference to provincial private law. In Quebec, this reference would make it possible to claim that the *C.C.Q.* provisions on trusts—including the provisions on administrators of the property of others—apply to trustees. That said, in bankruptcies it would be doubtful that debtors' property would be transferred into autonomous patrimonies by appropriation with no owners: as Professor Madeleine Cantin Cumyn notes: [translation] "Although deprived of the exercise of ownership, bankrupts retain ownership until their property is sold by trustees."¹⁶⁴

In fact, if the intent of Parliament is to be reflected as faithfully as possible, the French version of section 15.1 of the *B.I.A.* should specify that for the purposes of the application of the *Criminal Code*, a trustee is deemed to be a "trustee" within the meaning of section 2 of the *Criminal Code*. That said, it may be appropriate to take advantage of this point to review the reference to "trustee" contained in the *B.I.A.*

Grantees ("cessionnaires")

When debtors assign their property to trustees, the property which the assigning debtors actually owned, and which constituted the pledge shared among creditors, passes to and is vested in the trustees.¹⁶⁵ In an analysis of this specific point of describing the roles of trustees, M^e J.-Michel Deschamps concluded that trustees are considered more assignees than successors to debtors or representatives of creditors.¹⁶⁶ According to Professor Bohémier, however, the term

¹⁶² *Re Roy* (1963), 4 C.B.R. (N.S.) 275 (Que. Sup. Ct.); *Touche Ross Limited v. Weldwood of Canada Sales Ltd.* (1983), 48 C.B.R. (N.S.) 83 (Ont. H.C.J.).

¹⁶³ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 at 714.

¹⁶⁴ M. Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui* (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2000) at 112. Guibault J. of the Quebec superior Court seemed to agree with this view when he stated, in *Auger v. Harvey*, that bankrupt debtors are not deprived of the exercise of ownership over their property and that transferring property to trustees do not mean transferring ownership as well. *Auger v. Harvey*, [2000] R.J.Q. 2075 at 2078 (Que. Sup. Ct.).

¹⁶⁵ *Re Civano Construction Inc., Gingras v. Credit M. G. Inc.* (1962), 3 C.B.R. (N.S.) 141 at 146 (Que. Sup. Ct.); *Bank of Nova Scotia v. Perras, Fafard*, [1985] C.A. 21.

¹⁶⁶ J.-M. Deschamps, "Le syndic: un successeur du débiteur? Un cessionnaire? Un représentant des créanciers?", in *Les faillites: problèmes actuels et perspectives d'avenir: Conférences commémoratives Meredith 1985* (Toronto: R. De Boo Publishers, 1986) at 245.

"trustee" does not easily lend itself to a single description.¹⁶⁷ And Professor Madeleine Cantin Cumyn energetically states that, where the roles of trustees are concerned, [translation] "using 'assignee' as a description is a fanciful and extreme solution."¹⁶⁸ She points out: [translation] "[w]hen bankruptcy legislation involves application of Quebec private law, trustees may be given a single description: that of administrators of the property of others."¹⁶⁹ To this concept we now turn.

Administrators of the property of others

A number of differences can be noted between the powers of trustees and the obligations of administrators of the property of others. Administrators of the property of others are responsible for the simple or the full administration of property or a patrimony not their own.¹⁷⁰ Simple administration is limited to performing all acts necessary for the preservation of the property,¹⁷¹ collecting the fruits and revenues of the property,¹⁷² exercising the voting rights pertaining to securities owned,¹⁷³ and continuing the operation of the property.¹⁷⁴ Full administration means preserving the property and making it productive, and increasing the patrimony or appropriating it to a purpose;¹⁷⁵ in this case administrators may alienate the property by onerous title or charge it with a real right.¹⁷⁶

Before starting to administer debtors' property, trustees must obtain a licence from the Office of the Superintendent of Bankruptcy¹⁷⁷ and provide security covering the value of the property.¹⁷⁸ Once debtors' property has been transferred to trustees,¹⁷⁹ the *B.I.A.* authorizes the trustees to administer and to sell the property, subject to supervision by inspectors; it does not give them the power to make it productive.¹⁸⁰ The Superintendent may intervene at any time and issue directives to trustees

¹⁶⁷ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 at 718.

¹⁶⁸ *L'administration du bien d'autrui*, supra note 164 at 111.

¹⁶⁹ *Ibid.* It should be noted that, contrary to M^e Deschamps and Professor Bohémier, Professor Cantin-Cumyn addressed this issue in the context of the *C.C.Q.*

¹⁷⁰ Art. 1299 *C.C.Q.*

¹⁷¹ Art. 1301 *C.C.Q.*

¹⁷² Art. 1302 *C.C.Q.*

¹⁷³ Art. 1302 *C.C.Q.*

¹⁷⁴ Art. 1303 *C.C.Q.*

¹⁷⁵ Art. 1306 *C.C.Q.*

¹⁷⁶ Art. 1307 *C.C.Q.*

¹⁷⁷ S. 13 *B.I.A.*

¹⁷⁸ Subs. 16(1) *B.I.A.*

¹⁷⁹ Subs. 71(2) *B.I.A.*

¹⁸⁰ S. 30 *B.I.A.* The list of trustees' powers is quite lengthy. It reads as follows:

The trustee may, with the permission of the inspectors, do all or any of the following things:

(a) sell or otherwise dispose of for such price or other consideration as the inspectors may approve all or any part of the property of the bankrupt, including the goodwill of the business, if any, and the book debts due or growing due to the bankrupt, by tender, public auction or private contract, with power to transfer the whole thereof to any person or company, or to sell the same in parcels;

(b) lease any real property;

(c) carry on the business of the bankrupt, in so far as may be necessary for the beneficial administration of the estate of the bankrupt;

(d) bring, institute or defend any action or other legal proceeding relating to the property of the bankrupt;

(e) employ a solicitor or other agent to take any proceedings or do any business that may be sanctioned by the inspectors;

concerning the exercise of their powers.¹⁸¹ These elements, reflecting the quasi-criminal nature of bankruptcy proceedings distinguish trustees from administrators of the property of others.

Receivers

In acquiring and retaining possession of bankrupts' property, trustees are in the same position as court-appointed receivers.¹⁸² The receivership system in the *B.I.A.* is derived directly from English law.¹⁸³ The actual usefulness of this concept, apparently completely foreign to Quebec civil law, is debatable.

The *C.C.Q.* recognizes the existence of two types of sequestration: conventional sequestration and judicial sequestration. Conventionally chosen sequestrators are persons with whom property in dispute is deposited.¹⁸⁴ All indications are that subsection 16(4) of the *B.I.A.*, in referring to court-appointed receivers, does not mean these conventionally chosen sequestrators. According to the *C.C.P.*, judicially chosen sequestrators are court appointed depositaries put in possession of property for the duration of a dispute between two parties.¹⁸⁵ Also, according to the Quebec Court of Appeal, it should not be assumed that judicially chosen sequestrators are the same as receivers of property or trustees in bankruptcy.¹⁸⁶

In our view, it is likely pointless to retain the reference to the receivership mechanism since, under the *B.I.A.*, debtors' property clearly passes to and is vested in trustees, who take possession of it and administer it.

Owners

When debtors own immovables at the time of the assignment, subsection 74(2) of the *B.I.A.* allows trustees to be registered as the owners of the property, free of all encumbrances; trustees must first register the assignment.¹⁸⁷ In case of default, debtors not only remain the owners of their

(f) accept as the consideration for the sale of any property of the bankrupt a sum of money payable at a future time, subject to such stipulations as to security and otherwise as the inspectors think fit;

(g) incur obligations, borrow money and give security on any property of the bankrupt by mortgage, hypothec, charge, assignment, pledge or otherwise, such obligations and money borrowed to be discharged or repaid with interest out of the property of the bankrupt in priority to the claims of the creditors;

(h) compromise and settle any debts owing to the bankrupt;

(i) compromise any claim made by or against the estate;

(j) divide in its existing form among the creditors, according to its estimated value, any property that from its peculiar nature or other special circumstances cannot be readily or advantageously sold;

(k) elect to retain for the whole part of its unexpired term, or to assign, surrender or disclaim any lease of, or other temporary interest in, any property of the bankrupt; and

(l) appoint the bankrupt to aid in administering the estate of the bankrupt in such manner and on such terms as the inspectors may direct.

¹⁸¹ Subs. 5(4) *B.I.A.*

¹⁸² Subs. 16(4) *B.I.A.*

¹⁸³ Subsection 16(4) of the present *B.I.A.* has its origin in subsection 39(2) of the 1919 *Insolvency Act*. In drafting this section, the federal Parliament, at the time, was inspired by British legislation: the 1869 *Bankruptcy Act* (U.K.), 1869, c. 71; *Bankruptcy Act* (U.K.), 1883, c. 52, subs. 50(2); *English Bankruptcy Act of 1914*, *supra* note 21, subs. 48(2).

¹⁸⁴ Art. 2307 *C.C.Q.* In the French version, this "deposit" is also referred to as "sequestre". Art. 2305 *C.C.Q.*

¹⁸⁵ Art. 742ff *C.C.P.*

¹⁸⁶ *André Radio Ltée (syndic de) v. Compagnie de fiducie du Canada Permanent*, [1988] R.J.Q. 2327 (C.A.).

¹⁸⁷ *Gobell v. Cie H. Fortier*, [1982] 1 S.C.R. 988 at 1002-1003.

property, but also any assignments, conveyances, mortgages, or real rights granted by trustees are null and void.¹⁸⁸

In common law, this provision raises no conceptual issues: under trust law, trustees acquire the trust of debtors' property.¹⁸⁹ In civil law, however, it presents a conceptual ambiguity.

First of all, in a civil law system, ownership is the reunion of three elements: (1) *fructus*, the right to use; (2) *usus*, the right to enjoy; and (3) *abusus*, the right to dispose of.¹⁹⁰ This makes owners free to use, enjoy, and dispose of their property, within the limits imposed by law. As has been noted, the B.I.A. limits trustees' powers. Trustees must exercise ownership rights not for their own benefit but for the general benefit of the creditors. This situation is probably what led Bernier J. of the Quebec Court of Appeal to state: [translation] "[i]t is not as individuals but as trustees ('fiduciaires') that trustees ('syndics') become owners of assigned property; the purpose of the *Bankruptcy Act* (that is, liquidation for the creditors' benefit) governs trustees' ownership rights [...]" [emphasis added].¹⁹¹

As Professor Albert Bohémier points out, in civil law it is difficult to conceive of persons owning property for the benefit of others and not for their own benefit.¹⁹² However, this is the view described by Durocher J. of the Quebec Superior Court and reiterated by Nuss J. of the Quebec Court of Appeal: as soon as bankruptcy is declared, [translation] "[...] debtors' property becomes both trustees' property and creditors' patrimony" [emphasis added].¹⁹³

This legal situation is the one envisaged in common law, in which trustees acquire legal title and beneficiaries acquire beneficial title.¹⁹⁴ It is not the situation of trusts envisaged in civil law, in which trust property forms an independently assigned patrimony, which neither the settlor, the trustee ("fiduciaire"), nor the beneficiary owns.¹⁹⁵

As can be seen, describing the roles of trustees ("syndics") means juggling with the concepts of trustees ("fiduciaires"), administrators of the property of others, grantees, receivers, and owners. From a civilist point of view, this description is even more complex given the statutory context in which these roles are defined, a context marked by common law.

¹⁸⁸ *Re J. W. Kilgour and Bros. Ltd.; Corporation municipale de la Ville de Coaticook v. Dionne*, [1997] C.S. 1082 at 83.

¹⁸⁹ D.W.M. Waters, *Law of Trust in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1984) at 449ff, 574ff.; F.H. Lawson and B. Rudden, *The Law of Property*, 2nd ed. (Oxford: Clarendon Press, 1982) at 6ff, 100 ff.

¹⁹⁰ Art. 947 C.C.Q.

¹⁹¹ *Lefalvre v. Côté*, [1975] C.A. 691 at 692.

¹⁹² *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 21 at 715.

¹⁹³ *Lacoursière v. Westmount (Town)*, [1998] R.J.Q. 1784 (C.A.); at the trial level, see *Kostadinova Gantcheff (syndic de) v. Westmount (Ville)*, [1996] R.J.Q. 3030 at 3032 (Sup. Ct.).

¹⁹⁴ See: *The Law of Property*, *supra* note 189 at 6ff, 100ff; J. Beaulne, *Droit des fiducies*, Coll. Bleue (Montreal: Wilson & Lafleur, 1998) at 118.

¹⁹⁵ It should nonetheless be noted that titles to property forming a patrimony to be assigned are drawn up in the trustee's name: art. 1278 C.C.Q. See J.E.C. Brierley, "De certains patrimoines d'affectation", in *Barreau du Québec and Chambre des notaires du Québec, La réforme du Code civil*, vol. 1 (Quebec: Les Presses de l'Université Laval, 1993) 735 at 764ff.

3. General issues

3.1. Creation of new security mechanisms

Provincial private law usually provides for rules governing the creation of security mechanisms and recourse by security holders in enforcing their rights. The federal Parliament occasionally creates new mechanisms, usually benefiting the Crown. This situation raises some issues about the creation of these mechanisms and the right of preference they confer over other security mechanisms found in provincial private law. The designation of various security mechanisms may also raise terminological issues of considerable importance.

Terminology used to designate security mechanisms

The C.C.L.C. used a variety of expressions to designate various security mechanisms. In reforming the civil law, the Quebec National Assembly jettisoned a number of these security mechanisms, making them outdated overnight.¹⁹⁶ The C.C.Q. now retains only prior claims, hypothecs and a few other mechanisms including right of retention, suretyship, and what are called "ownership security" mechanisms and "trust security" mechanisms. These changes do not yet appear in federal legislation.¹⁹⁷ In addition, the federal Parliament sometimes uses the English word "charge" to designate security mechanisms, but this word has different meanings in the common law and the civil law traditions: in common law the word "charge" is synonymous with "security", while in civil law its meaning is limited to real rights.¹⁹⁸

Effecting security

The C.C.Q. usually provides that legal hypothecs take effect only once they are registered in the proper register.¹⁹⁹ In the B.I.A., the federal Parliament has created security mechanisms benefiting certain creditors without requiring that these mechanisms be registered. Examples include the charges granted to farmers, fishermen and aquaculturists²⁰⁰ and the charges granted to interim receivers.²⁰¹ In the latter case, civil law practitioners find the procedure for effecting the security surprising since, in order to benefit from the security, interim receivers must submit an

¹⁹⁶ Examples of French terminology that became outdated include: in the C.C.L.C., "antichrèse" (art. 1967), "nantissement" (art. 1966), "cession de créance en garantie" (art. 1571), "cession générale de créances comptables" (art. 1966), "nantissement forestier" (art. 1979(a)), "nantissement agricole" (art. 1979(a)), "nantissement commercial" (art. 1979(e)), and "privilège" (art. 1983ff.); in the legislative corpus, "cession de biens en stock" (*Act respecting bills of lading, receipts and transfers of property in stock*, R.S.Q., c. C-53), "Acte de fiducie", "charge flottante", "charge spécifique" (*Special Corporate Powers Act*, R.S.Q., c. P-16), and "transports en garantie de créances" (*Forestry Credit Act*, R.S.Q., c. C-78; *Act to promote forest credit by private institutions*, R.S.Q., C-78.1; *Act respecting farm financing*, R.S.Q., c. F-1.2). We note that the French expressions "charge spécifique" and "charge flottante" did not appear in the legislation itself but was currently used by the legal community. M. Deschamps, "Les sûretés sur les équipements et les stocks" (1987) 1 C.P. du N. 125 at 146-147.

¹⁹⁷ See *supra* note 35.

¹⁹⁸ *Dictionnaire de droit québécois*, *supra* note 81 at 86; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 4th ed. (Paris: Presses universitaires de France, 1987) at 130; M. Fillion, *Dictionnaire du Code civil du Québec* (Saint-Nicolas, Que.: Éditions associations entreprises, 1998) at 79; P.-A. Crépeau, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2nd ed. (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991) at 84. In seeking to determine whether the word "charge" in the B.I.A.'s definition of "secured creditor" could include the concept of prior claim, and in dissenting from the substance of the decision in *Château d'Amos*, Brossard J. of the Quebec Court of Appeal stated that, unlike the well-known common law concept of "charge", the Quebec civil law concept of "charge" was poorly defined: *Château d'Amos*, *supra* note 32 at 2635.

¹⁹⁹ Art. 2725(2) C.C.Q.

²⁰⁰ Subs. 81.2(1) B.I.A.

²⁰¹ Subs. 47.2(1) B.I.A.

application to the court, which in its discretion decides whether it is appropriate to grant the security.²⁰²

Under very specific circumstances, the *B.I.A.* also provides the Crown with a new security mechanism.²⁰³ The *B.I.A.* already provides for very specific rules governing the validity of security held by the Crown.²⁰⁴ These rules would not apply to the new security mechanism because it is specifically an interest in land;²⁰⁵ in common law, rights in land need not be registered.²⁰⁶ In Quebec, where a dual system of land ownership is recognized, the situation is quite different.²⁰⁷ The rule on registering security held by the Crown would appear to be applicable in Quebec; if this is the case, there would be genuine disparity between the situation in Quebec and that in the other provinces.²⁰⁸

The possibility of new security mechanisms not only raises issues about creating these mechanisms; it also adds, to the structure of preferences recognized in the *jus commune*, other rights that may jeopardize the balance among creditors.

Rights of preference

The *C.C.Q.* provides for only two causes of preference: prior claims and hypothecs.²⁰⁹ When bankruptcy occurs, the *B.I.A.* supplants ordinary *jus commune* rules, and creditors are treated in accordance with a separate scheme of distribution—unless they are defined as “secured creditors”,²¹⁰ in which case, under sections 69 to 69.3 of the *B.I.A.*, they have recourse under the *jus commune*, and the two causes of preference set out in the *C.C.Q.* apply.

In the *B.I.A.*, the federal Parliament has created security mechanisms that give security holders a right of preference and a rank them above all other creditors. For example, subsection 14.06(7) of the *B.I.A.* provides as follows: “[...] [the charge] ranks above any other claim, right or charge against the property, notwithstanding any other provision of this Act or anything in any other federal or provincial law.”

²⁰² *Re N.T.W. Management Ltd.*, (1994) 29 C.B.R. (3rd) 139 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

²⁰³ Subs. 14.06(7) *B.I.A.* The purpose of this security mechanism is to guarantee payment of Crown claims for the costs of remedying environmental damage, for example when corporations discharge large quantities of pollutants into rivers. In Quebec, when this type of environmental pollution occurs, the *ministère de l'Environnement du Québec* may clean up the pollution if it considers it necessary to do so, particularly on private immovables. The *Ministère* may then claim the cleanup costs by presenting the invoice to the property owners. If the owner of a property thus cleaned up by the *Ministère* becomes bankrupt or makes a proposal, the claim by the *Ministère* is immediately secured by a movable security on the immovable of the debtor that is contiguous thereto; this security guarantees payment of the claim by the *Ministère*, which ranks above any other claim. The claim by the *Ministère* is enforceable “in the same way as a mortgage, hypothec or other security on real property”. *Environment Quality Act*, R.S.Q. c. Q-2, s. 115.1.

²⁰⁴ Ss. 86, 87 *B.I.A.*

²⁰⁵ This situation would prevail in common law: under the interest in land, the Crown could proceed to remedy environmental damage: J. Marin and A. Ichenko, “Amendments to the *Bankruptcy and Insolvency Act*: Bill C-5, Environmental Liabilities of Trustees and Receivers” (1997) 14:2 *Nat. Insol. Review* 18 at 42.

²⁰⁶ See *Land Titles Act*, R.S.O. c. L-5; *Registry Act*, R.S.O. c. R-20.

²⁰⁷ In Quebec, property belongs either to persons or to the State: art. 915 *C.C.Q.*

²⁰⁸ Nevertheless, because of a difficulty of a technical nature, one can wonder how the Crown would be able to respect their registration obligation imposed upon them. In effect, according to subsection 87(1) of the *B.I.A.*, in order for the Crown to benefit from the advantage of its security, it should be registered before one of the following listed dates: the deposit of the bankruptcy petition, of the notice of assignment, of the proposal, of the notice of intention to make a proposal. Therefore, it is good to remember that the security attributed to the Crown to guarantee the reimbursement of their compensation fees only takes birth at the moment when a proposal is deposited or at the moment when the debtor declares bankruptcy. In other words, this security only takes birth after one or the other dates listed in subsection 87(1). One can then ask how the Crown would have been able registered the security previously? How would have it registered a security that is not yet born in order to respect the delays imposed by federal legislator?

²⁰⁹ Art. 2647 *C.C.Q.*

²¹⁰ S. 136 *B.I.A.*

The same is true for the claims of farmers, fishermen and aquaculturists regarding products they have delivered to bankrupts.²¹¹ This upsetting of balance, among creditors with security, provided for in provincial *jus commune* may be a source of confusion. At the very least, where Quebec civil law is concerned, it would seem appropriate to harmonize these security mechanisms with those provided for under the C.C.Q.

3.2. The concept of "settlement/disposition"

"Settlement of property/*disposition de biens*" is a concept from the common law tradition that was imported into Canadian legislation, in the B.I.A. in particular.²¹² This concept was imported from the British law in 1919.²¹³ According to the traditional case law, this concept refers to:

- a gift to a beneficiary
- on condition that the donated property be maintained in its original form or in a condition that allows it to be traced.²¹⁴

The element of tracing, which characterizes "settlement/*disposition*", is unknown in civil law: the civil law concept of gift does not include this element of control since gifts are made by gratuitous title.²¹⁵ Any juridical acts that might be subject to a "paulian action" include an element of fraud;²¹⁶ and hypothecs that debtors may offer as security for the performance of obligations do not include the element of tracing, since the property charged remains in the debtor's patrimony.²¹⁷ Finally, even if the trust under the C.C.Q. constitutes a patrimony by appropriation, the idea of transferring property to a trust with the intent that it can be traced is foreign to civil law.²¹⁸

In 1992, the federal Parliament introduced a definition of the word "settlement/*disposition*". Strictly speaking, this provision is more a list than a definition: it provides that a settlement "includes a contract, covenant, transfer, gift and designation of beneficiary in an insurance contract, to the extent that the contract, covenant, transfer, gift or designation is gratuitous or made for merely nominal consideration".²¹⁹

As can be seen, the concept of tracing does not form part of the so-called statutory definition of "settlement/*disposition*". Nevertheless, in our opinion the case law should maintain its traditional interpretation in accordance with English law,²²⁰ particularly since this definition uses the word "includes", which indicates that this list is neither exhaustive nor exclusive.

²¹¹ Subs. 81.2(1) B.I.A.

²¹² S. 91ff B.I.A.

²¹³ *Re Jules Beaulieu*, (1942) 24 C.B.R. 197 at 205 (Que. C.A.); *Re Évaporateur Portneuf Inc.: Angers v. Malouin*, [1962] B.R. 218 [hereinafter *Re Évaporateur Portneuf Inc.*]; *Jobin v. The Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755 (Que. C.A.), at 1758.

²¹⁴ *A. H. Boulton Co. v. Bozanich (Trustee of)*, [1942] S.C.R. 130.

²¹⁵ Art. 1806 C.C.Q.

²¹⁶ Art. 1631ff. C.C.Q. The French version of the former law referred to "action paulienne" instead of "action en inopposabilité".

²¹⁷ Art. 2660ff. C.C.Q.

²¹⁸ Art. 1260ff. C.C.Q. In common law, it seems that the concept of tracing is in the heart of the notion of trust, at least concerning the traditional remedies under the equity regime. See *Law of Trust in Canada*, *supra* note 189 at 883ff.

²¹⁹ Subs. 2(1) B.I.A.

²²⁰ See *Royal Bank of Canada v. North American Life Assurance Co.*, [1996] 1 S.C.R. 325.

As well, the concept of "settlement/disposition" is still unknown in Quebec civil law, which applies the concept of "alienation without sufficient consideration" instead.²²¹ Clearly, some degree of harmonization of federal bankruptcy legislation and Quebec civil law is called for on this point.

In concluding this part, we point out that the British Parliament has amended its bankruptcy legislation, replacing the concept of settlement with the concept of "act for an undervalue", which does not require demonstration of intent to maintain the property in a condition that allows it to be traced.²²²

3.3. The concept of enterprise

Unlike common law, in the *C.C.L.C.* Quebec civil law established a dual system comprising, firstly, civil matters and, secondly, commercial matters. Thus, according to case law and authorities, certain persons were "commerçants", and certain acts "actes de commerce". The reform of the *C.C.Q.* ended this dual system by jettisoning these concepts; the *C.C.Q.* now refers only to the concept of enterprise,²²³ which designates "all organized economic activity" carried on by natural or legal persons.²²⁴ Judge Pierre J. Dalphond lists the following characteristics of an enterprise:

[translation]

- a plan setting out the enterprise's objectives, which determine how its activities are organized (the plan need not be complicated or even written);
- assets related to the pursuit of the objectives (assets may vary from a vast corporation's employees, machinery, equipment and immovable to a tradesperson's simple tool kit);
- a series of habitual, usual legal acts involving the businessperson in the pursuit of the objectives;
- other economic agents, who are receptive to the goods and services offered by the enterprise and are usually defined as the enterprise's clients, goodwill, or market;
- economic consideration or benefit directly attributable to the businessperson's efforts.²²⁵

Since being passed in 1919, federal bankruptcy legislation, faithful to its common law roots, has applied to everyone, businessperson or not. However, its use of the expressions "business", "carrying on business", "trade" and "commercial", and particularly the wording of these expressions in the French version, are variable. For example, the expression "to carry on business" is rendered sometimes by the French expression "exercer ses activités"²²⁶ and sometimes by "continuer le commerce",²²⁷ the expression "trade or business" is rendered sometimes by "métier ou commerce"²²⁸ and sometimes by "commerce ou entreprise".²²⁹ As well, the *B.I.A.* continues to use

²²¹ *Re Évaporateur Portneuf Inc.*, supra note 213.; *In Re Promoteurs inc. : Danyluk v. Franco*, (1982) 42 C.B.R. (N.S.) 2521; *Re Jobin : Blais, Fortier, Touché et Ross Ltée v. Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755 (Que. C.A.); *Giroux (Syndic de) v. Giroux*, [1993] R.J.Q. 1515 (Que. Sup. Ct.). See "Conférence sur le projet de loi S-22", supra note 36 at 13.

²²² *Insolvency Act* (U.K.), 1986, c. 45, s. 339.

²²³ *Commentaires du Ministre*, supra note 82 at 936, 937.

²²⁴ Art. 1525(3) *C.C.Q.*

²²⁵ P. J. Dalphond, "Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois" [1994] 54 R. du B. 35 at 43ff.

²²⁶ S. 2 *B.I.A.*

²²⁷ Paragraph 30(1)(c) *B.I.A.*

²²⁸ S. 94 *B.I.A.*

²²⁹ Subs. 137(2) *B.I.A.*

the French expressions "exercer le commerce", "faire commerce", and "continuer un commerce", which were accurate when the *C.C.L.C.* was in effect but have been outdated since the reform of the *C.C.Q.*

In our view, although the issue raised by the concept of enterprise is more terminological than substantive, it could lead indirectly to a substantive problem, and harmonization of the *B.I.A.* with the changes made to Quebec civil law would therefore be called for.

3.4. The concept of suretyship

When assets of bankrupt debtors are to be administered, under the *B.I.A.* trustees must provide security to the Superintendent, to ensure the due and faithful performance of their duties. This concept of security raises a harmonization issue with the Quebec civil law concept of suretyship.

Suretyship in civil law

Article 2333 of the *C.C.Q.* provides that: "[s]uretyship is a contract by which a person, the surety, binds himself towards the creditor, gratuitously or for remuneration, to perform the obligation of the debtor if he fails to fulfil it." Suretyship contracts, then, have three parts, are ancillary and subsidiary and, since they impose no obligations on creditors, are unilateral.²³⁰ Suretyship contracts are therefore distinct from insurance contracts, hypothecs, and deposit contracts.

(i) Distinction between civil law suretyships and insurance contracts

Suretyship contracts and insurance contracts share certain characteristics. The idea of risk is present in both types of contracts: in one, it is risk of failure to perform obligations; in the other, it is risk of loss resulting from accidents.²³¹ As well, the reform of the *C.C.Q.* has permitted suretyship contracts for money, which are somewhat like purchased insurance policies. These two types of contracts are fundamentally different, however, since suretyship contracts are unilateral contracts; insurance contracts, on the other hand, are principal synallagmatic contracts.²³²

Still, these two types of contracts are sometimes confused. The *Quebec Regulation respecting the application of the Act respecting insurance* defines the securities provided by insurance companies in Quebec as follows:

Guarantee insurance means surety insurance and fidelity insurance. Surety insurance guarantees against failure to discharge or the unfaithful discharge of an obligation, or failure to pay a penalty or an indemnity upon such default, but does not include credit insurance or mortgage insurance. Fidelity insurance means insurance against loss to the insured caused by the dishonesty of his employees, in particular in the case of theft, breach of trust embezzlement.²³³

Nor does it seem that the confusion between the concepts of suretyship contracts and insurance contracts in Quebec civil law is limited to the application of this Regulation. In the decision in *Entreprises Gamelec Inc.*, the Quebec Court of Appeal stated as follows: [translation] "[t]he Regulation is administrative in nature and cannot have the effect of changing the nature of

²³⁰ L. Poudrier-Lebel, *Le cautionnement par compagnie de garantie* (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1986) at 189.

²³¹ *Ibid.*, at 195.

²³² *Ibid.*; M. Troplong, *Le droit civil*, t. 17 (Paris: Charles Hingray, 1846) at 41.

²³³ *Regulation respecting the application of the Act respecting insurance*, R.R.Q. 1981, c. A-32, r. 1, s. 13.

insurance contracts or suretyship contracts, which are governed by different provisions of the C.C.Q.²³⁴

(ii) Distinction between suretyship and hypothecs

Similarly, suretyship and movable hypothecs share one characteristic: they both guarantee the performance of obligations. However, movable hypothecs are a form of real security, while suretyship is a form of personal security. If debtors default on their obligations to hypothecary creditors, these creditors may exercise their security claim against the property that is subject to the hypothec. On the contrary, for all practical purposes the security provided under suretyship contracts makes additional patrimony available to creditors, up to the value of the initial contracts entered into by debtors.²³⁵

(iii) Distinction between civil law suretyships and deposit contracts

It is easy to confuse suretyship contracts with deposit contracts, particularly since many statutes use the expression "cautionnement en espèces". As has been seen, one characteristic of suretyship contracts is that they have three parts. In comparison, deposit contracts are principal contracts under which depositors hand over movable property to depositaries, who undertake to keep the property for a certain time and to restore it to the depositors.²³⁶

Security required from trustees under the B.I.A.

At one time, federal bankruptcy legislation required that trustees applying for a licence provide general security. That requirement was eliminated in 1992.²³⁷ Since that time, this legislation has required only specific security, in order to ensure the due and faithful performance of trustees' duties and the fair distribution of dividends to creditors.

Subsection 16(1) of the B.I.A. describes the specific security trustees must provide if they are to administer assets, as follows:

[e]very trustee duly appointed shall forthwith give security in cash or by bond of a guaranty company [...] for the due accounting for [...] of all property received by the trustee as trustee and for the due and faithful performance of the trustee's duties.

This section thus gives trustees an alternative: they can provide either a cash deposit or a bond issued by a guaranty company.

²³⁴ *Entreprises Gamelec inc. v. Laurentienne générale (La), Compagnie d'assurance inc.*, [1990] R.R.A. 971 at 972.

²³⁵ *Droit des sûretés*, *supra* note 130 at 19.

²³⁶ Art. 2280 C.C.Q.

²³⁷ S.C. 1992, c. 27, s. 9; According to Justice Houlden and Mr. Morawetz: "[a] trustee was formerly required to deposit a general bond with the superintendent for the due and faithful performance of his duties. This is no longer required. A specific bond must, however, be filed under subs. 16(1)": L. W. Houlden and G. B. Morawetz, *The 2000 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Toronto: Carswell, 1999) at 28.

(i) Cash deposits

The major dictionaries recognize that the word "cautionnement" can mean a cash deposit.²³⁶ The Quebec National Assembly itself has recognized cash deposits²³⁹ and pledges²⁴⁰ as forms of security. That said, it appears that the use of the word "cautionnement" to designate a cash deposit is improper in civil law.²⁴¹ According to article 2333 of the *C.C.Q.*, the word "cautionnement" implies the intervention of a third party, the surety, whom the creditor may ask to perform the obligation in the debtor's place.²⁴² Since cash deposits do not imply intervention by a third party, correct expressions would be "gage", "hypothèque mobilière avec dépossession"²⁴³ or "dépôt".

Elsewhere, the *C.C.Q.* provides for presentation of sufficient security, instead of surety that might take the form of a cash deposit; the very existence of this provision points to the distinction between these two concepts.²⁴⁴ This situation could arise in the case of defendants residing abroad, for example; in such cases, the *C.C.P.* provides for security for costs.²⁴⁵ Trial level judges may require plaintiffs not residing in Quebec to find a person who will act as surety;²⁴⁶ the purpose of this procedure is to cover costs that may result if an application is dismissed. However, plaintiffs wishing to avoid the trouble of finding a surety can ask the court if they may make a cash deposit as sufficient security under article 2338 of the *C.C.Q.*²⁴⁷ As well, although subsection 16(1) of the *B.I.A.* provides for a cash deposit as a guarantee, in practice trustees post bonds issued by guaranty companies.²⁴⁸

(ii) Security in the form of bonds issued by guaranty companies

Subsection 16(1) of the *B.I.A.* allows trustees to guarantee the performance of their duties by providing security in the form of bonds. Bonds are evidence of a contract between a financial

²³⁶ *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, supra note 198 at 78; *Dictionnaire de droit québécois*, supra note 81 at 78; *Vocabulaire juridique*, supra note 198 at 121; A. Rey, *Le nouveau Petit Robert* (Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993) at 322.

²³⁹ *Act respecting insurance*, R.S.Q. c. A-32, s. 225; *Regulation respecting travel agents*, R.R.Q. c. A-10, r. 1, s. 30; *Retail Sales Tax Act*, R.S.Q. c. I-1, s. 5; *Public Officers Act*, R.S.Q. c. E-6, s. 20; *Education Act for Cree, Inuit and Naskapi native persons*, R.S.Q. c. I-14, s. 306; *Highway Safety Code*, R.S.Q. c. C-24, s. 152.

²⁴⁰ According to the regulation "[t]he securities mentioned in this Regulation shall be in the form of a pledge or by guarantee policy in accordance with section 15 of the Public Officers Act (R.S.Q. c. E-6)": *Regulation respecting the application of the Act respecting detective or security agencies*, R.R.Q. c. A-8, r. 1, s. 11; *Public Officers Act*, *ibid.*, ss. 20, 29; *Act to harmonize public statutes with the Civil Code*, S.Q. 1999, c. 40, s. 117.

²⁴¹ According to Louise Poudrier-Lebel, [translation] "[i]t should also be noted that the word 'cautionnement' or 'caution' is currently used to designate a cash deposit given as a guarantee. This usage is improper since what is meant is a form of pledge or, more specifically now, a form of movable hypothec": L. Poudrier-Lebel, "Contrat de cautionnement", in *Obligations et contrats*, vol. 5 (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1998) at 299; according to Michel Filion, [translation] "[t]he word 'cautionnement' has had another meaning, that of a 'cash deposit as a guarantee of a pledge'. In our view, however, this meaning is outdated since the concept referred to is that of a pledge": *Dictionnaire du Code civil du Québec*, supra note 198 at 75; according to Pierre Ciotola, [translation] "[t]he word 'cautionnement' as personal security must not be confused with the deposit of sums of money as a guarantee. 'Cautionnement' is personal security; the deposit of sums of money as a guarantee is, instead, a pledge or a movable hypothec with delivery": *Droit des sûretés*, supra note 130 at 20.

²⁴² Art. 2333 *C.C.Q.*; *Banque nationale du Canada v. Notre-Dame du Lac (Ville de)*, [1990] R.L. 339 (Que. C.A.).

²⁴³ *Droit des sûretés*, supra note 130 at 20.

²⁴⁴ Art. 2338 *C.C.Q.*

²⁴⁵ Art. 65 *C.C.P.*: "[a] plaintiff who does not reside in Quebec must give security for the costs which may be incurred in consequence of his suit."

²⁴⁶ Art. 525 *C.C.P.*: the court fixes the amount of the surety, which the opposing party may challenge.

²⁴⁷ D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 3th ed. (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1994) at 83.

²⁴⁸ According to Justice Houlden and Mr. Morawetz, "[a]lthough subs. 16(1) permits the security to be given by the trustee in cash or by bond of a guaranty company, it is the invariable practice for the trustee to post a bond of a guaranty company": *The 2000 Annotated B.I.A.*, supra note 53 at 45. This security is "usually in the form of a state bond, for the benefit of the creditors": Canada, Office of the Superintendent of Bankruptcy, Directive No. 13: Estate Bonding, issued October 23, 1986, reissued January 10, 1991.

institution and an individual, under which the financial institution makes a sum of money available to the individual on certain conditions and for a certain time. Although bonds as such do not correspond to the definition of "cautionnement" set out in the C.C.Q.,²⁴⁹ they may be used as security specifically to guarantee the performance of debtors' obligations.²⁵⁰ Subsection 16(1) of the B.I.A. probably refers to this possibility.

In any case, official receivers must appraise the security provided by trustees. The Office of the Superintendent has issued a Directive setting out the points official receivers are to consider in fixing the amount of bonds.²⁵¹

General conclusions

As can be seen, the Justice Canada harmonization program gives us an opportunity to reflect on delightfully fine points of law. Together we have considered issues raised by new forms of security in the federal legislative corpus; the concept of settlement, so foreign to civil law and the concepts of enterprise and suretyship.

The B.I.A. raises the richest and most fascinating harmonization issues. Issues we have considered include: the definition of secured creditors, vesting in courts of jurisdiction in bankruptcy and equity, terminology and supplementary law required in certain procedures (particularly petitioning in bankruptcy). In addition, we have reviewed the application of Part XI of the B.I.A. to Quebec creditors, whether Quebec partnerships and trusts have juridical personality and can become bankrupt and finally the identification of the status of trustees regarding their various roles.

Our purpose in presenting these issues at this stage is to spark discussion among you and eventually to obtain your comments. Above all, our intention was to make you aware of issues involved in the harmonization of federal bankruptcy legislation with Quebec civil law.

²⁴⁹ Art. 2333 C.C.Q. M^e Louis Payette distinguishes among purchasing insurance, obtaining "cautionnement" and obtaining bonds: L. Payette, *Les sûretés dans le Code civil du Québec* (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1994) at 320.

²⁵⁰ *Forex Leroy inc. v. Banque Mercantile du Canada*, [1989] A.Q. No. 703 (QL).

²⁵¹ Estate Bonding, *supra* note 248. The following points are listed:

- Other forms of creditor protection such as insurance coverage
- Consideration of risks to creditors
- Costs of the estate bond
- Anticipated amount to be realized for distribution to creditors after payment of trustees' administrative costs
- If a range of estate bond amounts costs a fixed premium, the estate bond amount should be set at the highest amount within the range to avoid the need for later increases
- The estate bond should not be fixed at an amount in excess of the largest amount to be on hand at any one time
- If the amount required is less than \$3,000, no estate bond amount need be fixed
- If the amount required is in excess of \$25,000, other coverage such as multiple counter-signatures by principals of the corporate trustee must be added
- Under subsection 120(3) of the B.I.A., the estate bond amount is reviewed by the trustees themselves and by the inspectors
- If required, official receivers may increase estate bond amounts.

Please send your comments to:

M^e Alain Vauclair, senior counsel
284 Wellington, Saint-Andrews Tower, 7th floor
Ottawa, Ontario K1A 0H8

Tel: (613) 954-4696

Fax: (613) 954-1209

E-mail: alain.vauclair@justice.gc.ca

or

M^e Martin-François Parent, legal counsel
284 Wellington, Saint-Andrews Tower, 7th floor
Ottawa, Ontario K1A 0H8

Tel: (613) 946-8902

Fax: (613) 954-1209

E-mail: martin-francois.parent@justice.gc.ca

**THE CREATION BY THE FEDERAL
PARLIAMENT OF SECURITY
MECHANISMS IN THE *BANKRUPTCY
AND INSOLVENCY ACT***



Martin-François Parent



TABLE OF CONTENTS

Introduction	1
1. The terminological designation of securities	2
1.1. Hypothecs	3
1.2. Prior claims	5
1.3. Other security mechanisms	6
2. The legal framework for the security mechanisms created under the <i>B.I.A.</i>	7
2.1. The creation of securities on property	7
2.2. Granting a preference	9
2.3. The exercise of remedies	12
General Conclusions	17



THE CREATION BY THE FEDERAL PARLIAMENT OF SECURITY MECHANISMS IN THE *BANKRUPTCY AND INSOLVENCY ACT*

Martin-François Parent,
Legal Counsel, Civil Code Section,
Department of Justice Canada



Introduction

Private law generally provides rules for the creation of security mechanisms and the exercise of the remedies that allow the holders of such security mechanisms to enforce their rights. In the last few years, this area of law, which falls within the provinces' jurisdiction, has been considerably simplified. Thus, in Quebec, for example, the many and varied "privileges" under the *Civil Code of Lower Canada* [hereinafter *C.C.L.C.*] have been abandoned, and the hypothec is now the only genuine real security regime.

Parliament also creates new security mechanisms from time to time that are generally for the Crown's benefit. Apart from the constitutional aspect, which we shall not deal with, these mechanisms raise some issues that will be briefly outlined in this paper. The issues involve a number of legal considerations, including how the security is created, how it may be set up, how the remedies for each kind may be enforced and what right of preference they confer with respect to other security mechanisms. Moreover, the way a security on property is designated can pose some terminological problems.

These issues are of relevance to the program to harmonize federal legislation with Quebec civil law. The question arises to what extent do the rules set out in the *Civil Code of Quebec* [hereinafter the *C.C.Q.*] apply to these issues and to what extent should the legal expression of these concepts be harmonized with civil law in a federal context. These are issues that touch on harmonization and the legislative policy underlying the creation of these security mechanisms.

In the *Bankruptcy and Insolvency Act* [hereinafter the *B.I.A.*], Parliament has created certain kinds of security on property that raise precisely these kinds of issues. And because they are relatively recent and have been litigated to a limited extent, these issues are even more in need of analysis. The harmonizer, therefore, finds himself in the curious position of having to anticipate potential litigation and try to find solutions to the problems that might lead to litigation. The security mechanisms in question here include an immovable security for the costs of remedying environmental damage,¹ a "first charge" on the fees and disbursements of an interim receiver² and a security granted to farmers, fishermen and aquaculturalists for payment of their products.³

We will start with the problems that may be posed by the terminological designation accorded to these security mechanisms. We will then examine what problems the resolution of those problems

¹ Subs. 14.06(7) *B.I.A.*

² Subs. 47.2(1) *B.I.A.*

³ Subs. 81.2(1) *B.I.A.*

raise with respect to substantive law, i.e., creation, right of preference and, finally, exercise of the remedies to which they give rise.

1. Terminological designation of securities

For the civilian lawyer at least, the reform of the Civil Code rendered obsolete the terms used to designate certain security mechanisms.⁴ However, these terminological designations are still present in the federal legislative corpus, hence the need to harmonize them with the new civil law.⁵

Apart from obsolescence, the B.I.A. in general poses other terminological problems related to the fact that it is marked by common law.⁶ In a civil law context, such problems are generally resolved by consensus within the legal community.⁷ The courts have recognized that some of the terms in the Act are incorrectly employed as far as a civilian audience is concerned, which requires additional efforts of interpretation.⁸ Should the B.I.A. require such interpretive feats and such effort

⁴ Examples of French terminology that became outdated include: in the C.C.L.C., "antichrèse" (art. 1967), "nantissement" (art. 1966), "cession de créance en garantie" (art. 1571), "cession générale de créances comptables" (art. 1966), "nantissement forestier" (art. 1979(a)), "nantissement agricole" (art. 1979(a)), "nantissement commercial" (art. 1979(e)), and "privilège" (art. 1983ff.); in the legislative corpus, "cession de biens en stock" (*Act respecting bills of lading, receipts and transfers of property in stock*, R.S.Q., c. C-53), "acte de fiducie", "charge flottante", "charge spécifique" (*Special Corporate Powers Act*, R.S.Q., c. P-16), and "transports en garantie de créances" (*Forestry Credit Act*, R.S.Q., c. C-78; *Act to promote forest credit by private institutions*, R.S.Q., C-78.1; *Act respecting farm financing*, R.S.Q., c. F-1.2). We note that the French expressions "charge spécifique" and "charge flottante" did not appear in the legislation itself but was currently used by the legal community. M. Deschamps, "Les sûretés sur les équipements et les stocks" (1987) 1 C.P. du N. 125 at 146-147.

⁵ As an illustration, note the definition of "secured creditor" in subsection 2(1) of the B.I.A.:

"secured creditor" means a person holding a mortgage, hypothec, pledge, charge, lien or privilege on or against the property of the debtor or any part thereof as security for a debt due or accruing due to him from the debtor, or a person whose claim is based on, or secured by, a negotiable instrument held as collateral security and on which the debtor is only indirectly or secondarily liable.

⁶ Parliament largely based itself on the English *Bankruptcy Act of 1914* in drafting the *Insolvency Act of 1919*. The rewrite of the Canadian legislation in 1949 was, again, carried out under the inspiration of the British model. Traces of that inspiration survive to this day, despite the revisions of 1966, 1992 and 1997. *An Act to Consolidate the Law Relating to Bankruptcy* (U.K.), 1914-1916, c. 59; *Insolvency Act*, S.C. 1919, c. 36; *Bankruptcy Act*, 1949, S.C. 1949, c. 7; *An Act to amend the Bankruptcy Act*, S.C. 1966-67, c. 32; *An Act to amend the Bankruptcy Act and the Income Tax Act*, S.C. 1992, c. 27; *An Act to amend the Bankruptcy and Insolvency Act, the Companies' Creditors Arrangement Act and the Income Tax Act*, S.C. 1997, c. 12. See A. Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, t. 1 (Montreal: Thémis, 1992) at 9-18 [hereinafter *Faillite et insolvabilité*]; B. Boucher and J.-Y. Fortin, *Faillite et insolvabilité — une perspective québécoise de la jurisprudence canadienne* (Scarborough: Carswell, 1997) at 2-1, 2-2 [hereinafter *Perspective québécoise*].

⁷ Recently, Professor Jacques Deslauriers decried the "modus vivendi" that Quebec's legal community has developed with respect to the B.I.A.: J. Deslauriers, "Le projet de loi S-22 et l'harmonisation de la Loi sur la faillite avec le Code civil du Québec" (Conference of the Canadian Bar Association, Quebec, 24 October 2000) at 2.

⁸ The point is often illustrated by a passage from Pigeon J.:

We are confronted here by a major problem in the interpretation of federal legislation, and, at this juncture, it is proper to stop to consider the difficulty of the task facing our legislative draftsmen. They must not only formulate all legislative provisions in two languages, but also more often than not they must do so in terms of two different legal systems; the civil law of Quebec and the common law of the other provinces. In bankruptcy legislation, which everywhere impinges upon every area of public and private provincial law, the task is particularly difficult. It is therefore not surprising that major problems should be encountered. Moreover, it is a fact which cannot be ignored that the *Bankruptcy Act of 1949*, like the *Bankruptcy Act of 1919*, was not only derived almost entirely from English sources but was also poorly served by the authors of the French version.

Deputy Minister of Revenue (Quebec) v. Rainville, [1990] 1 S.C.R. 35 at 41. Incidentally, this statement was recently cited by the justices of the Quebec Court of Appeal in *Château d'Amos, Château d'Amos Ltée (syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 at 2633 (C.A.) [hereinafter *Château d'Amos*].

to reach a consensus, admirable as that may be? At the very least, it must be admitted that the B.I.A. poses some conceptual problems to civilists.⁹

As an illustration, federal Parliament regularly uses the expression "charge" to designate security mechanisms.¹⁰ In particular, it uses the expression "charge ranking ahead of any or all secured creditors/première charge" to designate the security mechanism it creates for the benefit of the interim receiver to guarantee payment of his claim for fees and expenses.¹¹ In order to benefit from this "first charge", the interim receiver must apply to the court for an order to that effect. If this "first charge" is ordered, it may encumber part or all of the debtor's assets.¹²

This use of the term "charge" may rightly cast confusion into the civilian lawyer's mind. Since the term "charge" has a number of meanings,¹³ it may be asked whether, in civil law, a security mechanism can be designated by the term "charge". To explore this hypothesis, the forms of security recognized by the C.C.Q. will be examined in turn as well as the extent to which they may be designated by the term "charge" in the context of the B.I.A.

1.1. Hypothecs

The C.C.Q. defines hypothecs as real rights.¹⁴ The literature also uses this classic definition of hypothecs.¹⁵ More precisely, hypothecs are accessory real rights,¹⁶ real securities.¹⁷ Real rights are

⁹ This ambiguity persists despite Parliament's recognition of the complementary relationship between bankruptcy and insolvency matters and property matters. Already, over a century ago, during the debates in the House for the repeal of Canadian bankruptcy legislation, views were expressed that provincial private law would be able to resolve problems arising from the insolvency of debtors. *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada*, (February 19, 1880) at 76ff. And when, following that repeal and after abandoning its exclusive jurisdiction over bankruptcy and insolvency for nearly forty years, a bill was finally tabled, Minister Hugh Guthrie raised the two obstacles facing Parliament when it exercised its exclusive jurisdiction over bankruptcy and insolvency. They were the fact that Canada has numerous legislative jurisdictions unlike Great Britain where there is only one central legislative power for the entire Kingdom, and the existence of two legal systems—civil law in Quebec and common law in the other provinces. *Debates of the House of Commons of Canada*, (March 28, 1919) at 968. These complementary ties are consecrated in the very wording of the legislation. See subs. 72(1) B.I.A. The courts have also recognized this complementarity. Beetz J. expressed himself as follows on this topic:

Insolvency lies at the core of those parts of the common law and of the civil law which relate to such matters as mortgage, pledge, pawning, suretyship and the securing of debts generally which are implicitly or explicitly predicated on the risk of insolvency and which produce their full effect when the risk has been converted into reality [...].

Robinson c. Countrywide Factors Ltd, [1978] 1 S.C.R. 753 at 804. Professors Jacques Auger, Albert Bohémier and Roderick A. Macdonald have similar views: "Clearly, the B.I.A. and the Civil Code are mutually interdependent, and it is accordingly important that they be in complete harmony." J. Auger, A. Bohémier and R. A. Macdonald, "The Treatment of Creditors in the Bankruptcy and Insolvency Act and Security Mechanisms in the Civil Law of Quebec", in *Harmonization of Federal Legislation with Quebec Civil Law and Canadian Bilingualism* (Ottawa: Justice Canada, 1997) 887 at 892 [hereinafter "The Treatment of Creditors"].

¹⁰ Ss. 42(1)(c), 74(2), 95(1), 95(2), 138(1)(e) and 197(6)(a) B.I.A.

¹¹ This is the interim receiver appointed under sections 47 or 47.1 of the B.I.A. The interim receiver will then have to follow the prescribed form in Form 18, entitled "Notice of Application for Taxation of Accounts and Discharge of Interim Receiver". Subs. 47.2(1) B.I.A. See s. 79, *Bankruptcy and Insolvency General Rules* [hereinafter B.I.G.R.].

¹² The English version provides that the charge may be on "any or all" of the assets of the debtor" (emphasis added).

¹³ A function (art. 179 C.C.Q.), property taxes (art. 1205 C.C.Q.), obligations (art. 776 C.C.Q., 1834 C.C.Q.), among others.

¹⁴ Art. 2660 C.C.Q.

¹⁵ L. Payette, *Les sûretés dans le Code civil du Québec* (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1994) at 84; M. Bugnet, *Oeuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, 2th ed., vol. 9 (Paris: Cosse et Marchal, 1861) at 423; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, vol. 3 (Paris: L. Larose et Forcé, 1884) at 682; P.B. Mignault, *Le droit civil canadien*, vol. 9 (Montreal: Wilson & Lafleur, 1916) at 83; C. Demers, *Traité de droit civil du Québec*, vol. 14 (Montreal: Wilson & Lafleur, 1950) at 195.

¹⁶ D. Pratte, *Priorités et hypothèques* (Sherbrooke: Revue de droit, 1995) at 95.

¹⁷ J. Deslauriers, *Précis du droit des sûretés* (Montreal: Wilson & Lafleur, 1990) at 251; P. Ciotola, *Droit des sûretés* (Montreal: Thémis, 1999) at 197ff.

rights an individual exercises directly on tangible things.¹⁸ For instance, hypothecs constitute real rights to guarantee the performance of an obligation.¹⁹ What about the term "charge"? It is interesting, in this regard, to distinguish between hypothecs on immovables and hypothecs on movables.

Immovable hypothecs

Both the literature and the cases seem to agree that a hypothec is a "charge".²⁰ Moreover, it seems that the term "charge" can apply to conventional hypothecs as well as to legal hypothecs on immovables.²¹ Pigeon J., in *Town of Anjou v. C.A.C. Realty*, even went so far as to state that he did not see how it could be said that a hypothec was not a "charge".²² Not only is this right included in the ordinary meaning of the expression, but this is also clear from the sections of the *Code of Civil Procedure* [hereinafter *C.C.P.*] relating to a judicial sale of immovables.²³ On this point, Beetz J., who wrote the minority opinion, was in agreement with Pigeon J.²⁴ As a result, it may be concluded that the Supreme Court of Canada has made it clear that the term "charge" may designate an immovable hypothec. This meaning does not seem to pose any problem under the *C.C.Q.* that it did not already pose in the *C.C.L.C.*²⁵ The task now is to see whether this name is appropriate for the other security mechanisms in the Code.

Movable hypothecs

One of the great innovations in the new Civil Code in terms of security on property was the introduction of the movable hypothec.²⁶ It brings together former real security mechanisms that

¹⁸ H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien* (Montreal: Wilson & Lafleur, 1994) at 203 [hereinafter *Dictionnaire de droit québécois*]; P.-A. Crépeau, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2d ed. (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991) at 211 [hereinafter *Dictionnaire de droit privé*].

¹⁹ Art. 2661 *C.C.Q.*

²⁰ D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2 (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1994) at 240, 242 [hereinafter *Précis de procédure civile*]; *Dictionnaire de droit québécois*, supra note 18 at 86; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 4th ed., (Paris: Presses universitaires de France, 1987) at 129-130. M. Filion, *Dictionnaire du Code civil du Québec* (Saint-Nicolas, Que.: Éditions associations entreprises, 1998) at 79 [hereinafter *Dictionnaire du C.C.Q.*]; *Dictionnaire de droit privé*, supra note 18 at 84; *Town of Anjou v. C.A.C. Realty*, [1978] 1 S.C.R. 819 at 826, 827 and 834 [hereinafter *Town of Anjou*]; *Caisse populaire Ste-Famille de Sherbrooke v. Belzile*, [1995] R.D.J. 137 at 141 (Que. Sup. Ct.) [hereinafter *Belzile*]; *Caisse populaire de St-Marc-des-Carières v. Frenette & Frères Ltée*, [1985] R.D.J. 341 at 346 (Que. Sup. Ct.) [hereinafter *Frenette*].

²¹ For conventional hypothecs, see *Breton v. Jacques et Saabond Securities Limited*, [1972] R.P. 35 at 36-37 (Que. Sup. Ct.) [hereinafter *Breton*]. For legal hypothecs, see *Belzile*, *ibid.*

²² *Town of Anjou*, supra note 20 at 826.

²³ They are articles 671ff *C.C.P.*, in particular, articles 676 (opposition to secure charges), 677 (opposition to the sale of property subject to a charge) and 704 (with respect to charges which have not been discharged). Incidentally, until recently, the cases did not agree on whether a hypothecary creditor could make an opposition to secure charges. Some claimed that, because it was a charge, a hypothec allowed the holder to make the opposition. *Town of Anjou*, *ibid.* (see the opposing views of Pigeon and Beetz J.J. on this); *Frenette*, supra note 20; *Newman v. Archambault*, [1972] R.P. 82 (Que. Sup. Ct.) [hereinafter *Newman*]; Others argued that the sale by judicial authority of an immovable discharged the hypothec but allowed the holder to obtain the proceeds depending on the rank he occupied. *Commercial Litho Plate Graining (1970) Ltée v. Imprimerie Cyr Ltée*, [1980] S.C. 1123 [hereinafter *Litho*]; *Breton*, supra note 21; *Royal Bank of Canada v. Sheiner*, [1972] S.C. 750; *Union des Carrières et Pavages Limitée v. J.C. Bégin*, [1956] R.P. 234 (Que. Sup. Ct.). Under the *C.C.Q.*, the latter view seems to prevail. *Belzile*, supra note 20. The controversy was nevertheless marked by an epistolary confrontation between two legal experts. A. Lavallée, "À qui est ouverte l'opposition à fin de charge?" (1972) 32 R. du B. 24; P. Ferland, "L'opposition à fin de charge et l'hypothèque" (1972) 32 R. du B. 259.

²⁴ Beetz J. states that "the expressions 'charges' and 'real rights' are certainly broad enough to include hypothecs and privileges in another context". *City of Anjou*, *ibid.* at 834. Bernard Gratton J., of the Quebec Superior Court, seems to adopt Beetz J.'s reasoning when he states that "[translation] it may well be the case that in ordinary usage a hypothec is a charge, but on reading the other relevant articles, 676, 677, 684 and 704 p.c., there is room for interpretation." *Litho*, *ibid.* at 1124. See also *Cie Montréal Trust v. Roadrunner Jeans MFG Ltd.* [1983] S.C. 245 at 249.

²⁵ Fréchette J. of the Superior Court of St-François stated in a recent judgment that "[translation] there can be no doubt that a hypothec is a charge." *Belzile*, supra note 20 at 141.

²⁶ Art. 2696ff *C.C.Q.*

existed under the *C.C.L.C.*²⁷ Although movable hypothecs are also real rights, the term "charge" is generally defined so as to designate only immovable real rights.²⁸ In addition, the Quebec legislature does not provide for "opposition to sale of property subject to a charge" and "opposition to charges" except in immovable matters.²⁹ This terminology is also employed to indicate the real rights registered in connection with an immovable in the land register³⁰ but not those registered in connection with a movable in the register of personal and movable real rights.³¹ As is apparent, the term "charge" is not of current use with respect to movable hypothecs. What is the case with prior claims? This is the topic that will be addressed next.

1.2. Prior claims

The *C.C.Q.* grants preferred creditor status on the basis of certain claims.³² Theoretically, prior claims should not be considered as "charges" since they do not confer real rights.³³ However, it appears that things are not that easy. On the issue of whether the word "charge" in the definition of "secured creditor" in the *B.I.A.* could include the concept of prior claim, the Quebec Court of Appeal, in *Château d'Amos*, through Brossard J., dissenting on the merits, held in obiter that the concept of "charge", familiar to common lawyers, was poorly defined in Quebec civil law.³⁴ Although the Quebec legislature subsequently modified the concept of "prior claim" to make it "constitute a real right",³⁵ Brossard J.'s words indicate that the use of the term "charge" in the context of a provision dealing with security on property is probably borrowed from common law.

In common law, "charge" refers, among other things, to "an instrument creating security against property for payment of a debt or obligation"; the term charge can embrace other meanings, including a lien, a claim and an encumbrance.³⁶ As an illustration, the Special Corporate Powers Act³⁷ [hereinafter the *S.C.P.A.*], which allows a corporation to be financed through the issuance of

²⁷ Pawning (art. 1968 and 1969 *C.C.L.C.*), commercial pledge (art. 1979 (e) and (k) *C.C.L.C.*), pledge of agricultural and forest property (art. 1979 (a) and (d) *C.C.L.C.*), assignment of claims as security (art. 1570 and 1578 *C.C.L.C.*) and general assignment of book debts (art. 1966 *C.C.L.C.*).

²⁸ "Droit réel couvrant un immeuble" [real right covering an immovable], A. Rey, *Le nouveau Petit Robert* (Paris: Dictionnaires Le Robert, 1993) at 347; "droit réel qui grève un immeuble" [real right charging an immovable], *Dictionnaire de droit québécois*, *supra* note 18 at 86; "certains droits réels grevant un immeuble" [certain real rights charging an immovable], *Vocabulaire juridique*, *supra* note 20 at 130; "droit réel qui grève un (bien) immeuble" [real right that charges an immovable (property)], *Dictionnaire du C.C.Q.*, *supra* note 20 at 79; "limitation du droit de propriété d'un immeuble, corrélatif à un droit réel" [limitation on the ownership right of an immovable, corresponding to a real right], *Dictionnaire de droit privé*, *supra* note 18 at 84.

²⁹ Art. 676, 677 *C.C.P.*

³⁰ Art. 704 *C.C.P.*

³¹ Art. 2980 *C.C.Q.*, 592.2, 592.3 *C.C.P.*

³² They are (1) legal costs and expenses incurred in the common interest, (2) the claim of a vendor who has not been paid, (3) the claim of a retainer, (4) the claims of the State for amounts due under fiscal laws and (5) claims of municipalities for property taxes. Art. 2651 *C.C.Q.*

³³ In this regard, Professor Louis Payette noted that:

[Translation] [t]he Code does not define a prior claim as a real right as it does in the case of a hypothec. It grants it only some of the attributes of a hypothec; it does not cause any right to follow to flow from it [...]. In this context, it must be concluded that a prior claim is a right of preference *sui generis* that doubtless cannot be characterized as a real right.

L. Payette, "Des priorités et des hypothèques", in *Barreau du Québec and the Chambre des notaires du Québec, La réforme du Code civil*, vol. 3 (Quebec: Les Presses de l'Université Laval, 1993) at 66.

³⁴ *Château d'Amos Ltée*, *supra* note 8 at 2635.

³⁵ *An Act to amend various legislative provisions regarding municipal affairs*, S.Q. 1999, c. 90, s. 42, 43. The *C.C.Q.* now provides that "prior claims of municipalities and school boards for property taxes constitute a real right." Art. 2654.1 *C.C.Q.*

³⁶ D. A. Dukelow and B. Nuse, *The Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. (Toronto: Carswell, 1995) at 176; J.R. Nolan, *Black's Law Dictionary*, 6th ed. (St-Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990) at 233.

³⁷ *Supra* note 4.

bonds secured by a trust deed mechanism whereby the debtor issuer charges his property with a "floating charge" and a "specific charge", a terminology borrowed from common law.³⁸ The "floating charge" was on a universality of property, including the debtor's present and future inventory. The debtor issuer thus retained possession of his property. The "specific charge" affected property that the debtor-issuer had specifically pledged, hypothecated or pawned. The trust deed mechanism disappeared in 1994 with the reform of the civil law, taking with it the "charges" that the S.C.P.A. had allowed to be created.³⁹

1.3. Other security mechanisms

The C.C.Q. provides for other mechanisms that can be used to secure the performance of an obligation.⁴⁰ They are the security trust,⁴¹ the right of retention,⁴² the right of revendication,⁴³ and suretyship.⁴⁴ Are these security mechanisms charges? Usually, the term "charge" designates a class of rights where one finds the dismemberments of the right of ownership: servitudes,⁴⁵ usufruct⁴⁶ and use⁴⁷ (or habitation).⁴⁸ Not all of the security mechanisms which we referred to precedently constitute such limits to the right of ownership. For instance, suretyship does not restrict immediately the right of ownership of a surety over his property.

Moreover, "charge" is a word that is not used by the C.C.Q. to identify a class of security on property. In fact, properly speaking, the correct use of the term "charge" is to designate an immovable hypothec as a restriction of the right of ownership of the debtor following the constitution on an immovable of a real right for the benefit of the creditor. In that sense, the real right conferred to the hypothecary creditor allows him to follow the property, to sell it and to be preferred upon the proceeds of the sale whereas the "charge" is the consequence, that is to say the limit imposed to the right of ownership of the debtor. This is probably how the remarks of Pigeon J. in *Town of Anjou v. C.A.C. Realty* are to be interpreted.⁴⁹

³⁸ The expressions "floating charges" and "specific charges" did not appear in the S.C.P.A. but were of common use within the legal community.

³⁹ *An Act Respecting the Implementation of the Reform of the Civil Code*, L.Q. 1992, c. 57, s. 642ff. The Quebec legislature introduced floating hypothecs in 1994 to allow corporations to enjoy a flexible security over existing and future assets, without delivery. Art. 2715 C.C.Q.

⁴⁰ Professors Jacques Auger, Albert Bohémier and Roderick A. Macdonald offer a particularly interesting analysis from the perspective of harmonizing the B.I.A. with Quebec civil law. "The Treatment of Creditors", *supra* note 9 at 951.

⁴¹ Art. 1263 C.C.Q. The reference is to an "autonomous patrimony by appropriation" and not a "charge".

⁴² Art. 1592 C.C.Q.

⁴³ Art. 1741 C.C.Q.

⁴⁴ Art. 2333 C.C.Q.

⁴⁵ Art. 1177 C.C.Q.

⁴⁶ *Précis de procédure civile*, *supra* note 20 at 239; *Caisse populaire Les Hauteurs v. Club récréatif Lac Morency Inc.*, (January 27, 1993), Saint-Jérôme 700-05-000539-910, J.E. 93-543 (Que. Sup. Ct.). See art. 1120 C.C.Q.

⁴⁷ *Précis de procédure civile*, *ibid.* 239. See art. 1172ff C.C.Q.

⁴⁸ *Caisse populaire Ste-Madeleine v. Les Immeubles Rives du St-Maurice Inc.*, [1990] RDI 818 (Que. Sup. Ct.).

⁴⁹ *Supra* note 20 at 826. This is also what emerges from the words of Fréchette J. of the Superior Court of St-François in a recent judgment where he states that "[translation] where an immovable is charged with a hypothec, the equity in it is affected or decreased, and, in this sense, there can be no doubt that a hypothec is a charge" (emphasis added). *Belzile*, *supra* note 20 at 141. See on this, art. 671ff C.C.P. See also *Newman*, *supra* note 23.

As a result, in civil law, the term "charge" may not be used to designate any security mechanism since not all of them restrict the right of ownership. In that respect, the use of the term "charge" to designate any security is improper and indeed ineffective in civil law.

From a civilist standpoint, the word "security" is certainly preferred to the word "charge". That, in fact, is what the federal Parliament does in subsection 14.06(7) of the *B.I.A.* to designate the security mechanism it provides to the Crown and in subsection 81.2(1) of the *B.I.A.* to designate the security mechanism it gives to farmers, fishermen and aquaculturists. Moreover, the use of the word "charge" tends to disappear from the terminology employed by the National Assembly as the program to harmonize public statutes with the *C.C.Q.* shows.⁵⁰

2. The legal framework for the security mechanisms created in the *B.I.A.*

How a security mechanism is designated is only one aspect of the problems raised by its inclusion in the *B.I.A.* When Parliament creates a security mechanism, as it does in the *B.I.A.*, it must not only do so in an area that in principle is governed by provincial private law, but must do it taking into account its own self-imposed rules. These rules concern, first, the creation of a security mechanism, second, the granting of a right of preference and, third, realizing on the security.

2.1. The creation of securities on property

In principle, in Quebec, legal hypothecs take effect by registration.⁵¹ As an exception, the *C.C.Q.* recognizes that a legal hypothec may be created as of right without publication. This is true for a builder's legal hypothec.⁵² However, the hypothec is extinguished if the holder fails to publish it in the appropriate register within thirty days after the work has been completed.⁵³ It may subsist by publication of a notice but is extinguished after six months unless the creditor, in order to preserve the hypothec, publishes an action against the owner of the immovable or registers a prior notice of the exercise of the hypothecary right.⁵⁴

With regard to the securities on property granted to the Crown, Parliament imposes, in the case of a bankruptcy or a proposal, a special condition for the validity of securities granted to it under a federal or provincial statute.⁵⁵ Under subsection 87(1) of the *B.I.A.*, for a security to be valid, it must be registered in the appropriate register⁵⁶ before the earliest of the dates listed.⁵⁷ The obligation to

⁵⁰ An Act to harmonize public statutes with the Civil Code, S.Q. 1999, c. 40, subs. 39(5) amending the *Cultural Property Act*, R.S.Q., c. B-4, subs. 20(3).

⁵¹ Art. 2725(2) *C.C.Q.*

⁵² Art. 2726 *C.C.Q.*

⁵³ The Code provides that "[a] legal hypothec in favour of persons having taken part in the construction or renovation of an immovable subsists, even if it has not been published, for thirty days after the work has been completed." Art. 2727(1) *C.C.Q.*

⁵⁴ Art. 2727(2) *C.C.Q.*

⁵⁵ This condition for validity applies to claims of Her Majesty in right of Canada or a province and to "any body under an Act respecting workers' compensation". Subs. 86(1) *B.I.A.*

⁵⁶ Subsection 87(1) of the *B.I.A.* refers to prescribed systems of registration. Section 111 of the *B.I.G.R.* provides that:

For the purposes of subsection 87(1) of the Act, a "prescribed system of registration" referred to in that section is a system of registration of securities that is available to Her Majesty in right of Canada or a province and to any other creditor holding a security, and is open to the public for inspection or for the making of searches.

register securities on property to protect the claims of the Crown probably derives from Parliament's intention to treat creditors equally. It follows that a trustee in bankruptcy would not recognize a security on property expressly granted to the Crown unless it appeared on the appropriate register or if had been registered after the earliest of the dates listed in subsection 87(1) of the *B.I.A.* The Crown would then rank as an unsecured creditor.⁵⁸

The issue of the validity of the securities on property granted to the Crown by Parliament or a provincial legislature raises an interesting problem with respect to the security provided for in subsection 14.06(7) of the *B.I.A.* The purpose of this security mechanism is to guarantee payment of Crown claims for the costs of remedying environmental damage, for example when corporations discharge large quantities of pollutants into rivers. In Quebec, when this type of environmental pollution occurs, the *ministère de l'Environnement du Québec* may clean up the pollution if it considers it necessary to do so, particularly on private immovables.⁵⁹ The *Ministère* may then claim the cleanup costs by presenting the invoice to the property owners.⁶⁰ If the owner of a property thus cleaned up by the *Ministère* becomes bankrupt or makes a proposal, the claim by the *Ministère* is immediately secured by a immovable security on the immovable of the debtor that is contiguous thereto; this security guarantees payment of the claim by the *Ministère*, which ranks above any other claim. The claim by the *Ministère* is enforceable "in the same way as a mortgage, hypothec or other security on real property".

Parliament does not expressly require registration for the security so created to be valid. Should the general obligation of registration in subsection 87(1) of the *B.I.A.* be relied upon? There are three possibilities to consider. First, the nature of the principal rights giving rise to the Crown's claim; second, the technical problems due to the moment of birth of this security and, finally, the exceptional nature of this security.

▪ The nature of the principal rights giving rise to the claim

It has been claimed that the registration rule imposed on the Crown for its securities, although it is not expressly excluded in subsection 14.06(7) of the *B.I.A.*, would not apply in this case since the Crown's rights would be in the nature of an interest in land.⁶¹ "Interests in land" do not have to be

⁵⁷ The dates are: the date a petition is filed against the debtor, the date the debtor makes an assignment, the date the debtor files a notice of intention and the date on which a proposal is filed. Par. 87(1)(a), (b), (c) and (d) *B.I.A.*

⁵⁸ Prior to the review of 1992, the Crown ranked last among preferred creditors. Paragraph 136(1)(j) of the *B.I.A.* still bears the marks of that time. Section 137 of the *B.I.G.R.* however limits the application of this section to claims arising prior to November 30, 1992. Since then, the fundamental principle introduced by subsection 86(1) of the *B.I.A.* is that the Crown's claims must be considered as unsecured claims. The registration of security devices granted to the Crown by statute is not only a matter of validity but forms an exception to the general rule and allows the Crown to benefit from secured creditor status. *Perspective québécoise*, supra note 6 at 2-674; D. St-Onge, "Les priorités de la Couronne : rendra-t-on moins à César?" in *Développements récents en droit de la faillite* (1992) (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1992) 15 at 24.

⁵⁹ The *Environment Quality Act* provides that the Minister [i.e. the Minister of Environment] may take all such measures as he may indicate to clean, collect or contain contaminants that are or that are likely to be emitted, deposited, discharged or ejected into the environment, where he considers such measures necessary to avert or diminish the risk of damage to public or private property, human beings, wildlife, vegetation or the general environment. R.S.Q., c. Q-2, s. 115.1.

⁶⁰ The Minister may claim the direct and indirect costs related to such measures, in the same manner as any debt owing to the Government, from any person or municipality who had custody of or control over the contaminants and from any person or municipality responsible for the emission, deposit, discharge or issuance of the contaminants, as the case may be, whether or not the latter has been prosecuted for infringement of this Act. Liability is joint and several where there are several debtors involved. Where the Minister has exercised his powers under the first paragraph of section 115.1, the judge may order the offender to pay back the direct and indirect costs related to the measures taken. *Ibid.* subs. 109.1.1.(2), 115.1.

⁶¹ This is the situation that would prevail in common law. It would be by virtue of this interest in land that the Crown could undertake remedial work. J. Marin and A. Ichenko, "Amendments to the *Bankruptcy and Insolvency Act*—Bill C-5 Environmental Liabilities of Trustees and Receivers" (1997) 14:2 *Nat. Insol. Rev.* 18 at 42 [hereinafter "Environmental Liabilities"].

registered at common law.⁶² In Quebec, where dual domain is recognized, the situation is quite different.⁶³ It would appear that the rule of registering securities granted to the Crown on property should apply. In this case, there would be a real discrepancy between the situation in Quebec and that in the other provinces. But there may also be other problems.

▪ **The technical problems flowing from the date of birth of the security**

For technical reasons, it may be wondered whether the Crown could comply with the registration obligation imposed on it. According to subsection 87(1) of the *B.I.A.*, in order for the Crown to take advantage of its security, it would have to have registered it before one of the times listed: the date the petition is filed against the debtor, the date the debtor makes an assignment, the date the debtor files a notice of intention or the date on which a proposal is filed. It must be remembered, however, that the security granted the Crown to secure repayment of the cost of remedial action is not created until the date on which a proposal is filed or the date on which the debtor declares bankruptcy. In other words, this security is not created until after one of the dates listed in subsection 87(1) of the *B.I.A.* It may then be wondered how the Crown could have registered that security in advance? How could it register a security device that is not yet created in order to comply with the times imposed by Parliament? There indeed is a technical problem. But there is still another aspect to consider.

▪ **The exceptional nature of the security**

Parliament gives the Crown almost absolute top ranking for the latter's claim for costs of remedying environmental damage. This preference is granted "notwithstanding any other provision of this Act or anything in any other federal or provincial law." The use of "notwithstanding" terminology would appear to indicate that the intent of Parliament was to give the Crown a particular treatment, which could probably be explained by the public interest significance of government intervention in a case of environmental damage. However, it might be asked what the position of a trustee in bankruptcy would be in such a claim if the Crown had failed to register its security in accordance with the procedure set out in subsection 87(1) of the *B.I.A.* Would the exceptional nature of this security be sufficient to ensure recognition of its validity despite the subsection 87(1) obligation to register?⁶⁴ We submit that it would.

In conclusion, it is well to point out the absence of any reference to a registration obligation for the security granted to farmers, fishermen and aquaculturists as well as that granted to an interim receiver.⁶⁵ In the latter case, the procedure whereby the security is created is still more uncertain for the civilian lawyer since it depends on judicial discretion.

⁶² See the *Land Titles Act*, R.S.O. 1990, c. L-5; *Registry Act*, R.S.O. 1990, c. R-20.

⁶³ In Quebec, property belongs to persons or to the State. Art. 915 C.C.Q.

⁶⁴ The exceptional nature of this security has been described by M^{re} André Prévost. A. Prévost, "Le régime particulier des paragraphes 14.06(2) à (8) de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* applicable à l'environnement," in *Service de la formation permanente, Barreau du Québec, Développements récents en droit de l'environnement* (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1998) 1 at 22 [hereinafter "Le régime particulier"].

⁶⁵ Subss. 47.2(1) and 81.2(1) *B.I.A.* Obviously, the registration obligation imposed on the Crown does not apply here.

2.2. Granting a preference

Since the reform of the Civil Code in 1994, the sole reasons in the C.C.Q. for a preference are prior claims—a legal security—and hypothecs—a legal or conventional security. In applying the B.I.A., it is necessary to refer to the scheme of distribution set out in subsection 136(1) of the B.I.A., which establishes the ranking of the various creditors, subject to the rights of secured creditors.⁶⁶ If the claim of the secured creditors is not listed in subsection 136(1) of the B.I.A., then the secured creditors may choose to participate in the bankruptcy insofar as their claim is presented in the prescribed form,⁶⁷ or they may enforce their security under provincial law, in which case the preferences provided in the provincial legislation will apply.⁶⁸ However, the B.I.A. grants to the federal and provincial Crowns, the interim receiver, farmers, fishermen and aquaculturalists, securities that give them preference over the rights of other creditors.

▪ A preference that ranks ahead of the rights of other creditors

To illustrate, Parliament provides in subsection 14.06(7) of the B.I.A. that “notwithstanding any other provision of this Act or anything in any other federal or provincial law,” the claim of the Crown in relation to environmental damage that is secured by a charge gives it first preference.⁶⁹ The use of the words “[the charge] ranks above any other claim, right or charge against the property” indicates Parliament’s intention to ensure that no other security can rank higher than the Crown’s. The purpose of this is to keep other creditors from benefiting from a windfall gain due to the increase in the value of the immovable as a result of the remedial action. This superiority applies whether or not the claim arises before or after the bankruptcy and whether or not the Crown participates in the bankruptcy.⁷⁰ Moreover, it confers a ranking higher than that given hypothecary creditors who registered their claims previously in the land register in respect of contiguous

⁶⁶ The Supreme Court of Canada has had an opportunity—on five occasions—to rule on the distinctiveness of subsection 136(1) of the B.I.A. by comparison to provincial private law. It has identified the following principles:

- The provinces may neither create priorities among the creditors nor modify the distribution scheme in bankruptcy matters provided for in subsection 136(1) of the B.I.A.;
- Although a provincial statute may validly modify the order of priority in a context other than bankruptcy, as soon as there is a bankruptcy, it is subsection 136(1) of the B.I.A. that determines the status and the order of priority of the claims expressly referred to therein;
- If the provinces could create their own order of priority or modify the one established by virtue of the B.I.A., the effect would be to encourage the establishment, in a bankruptcy context, of a scheme of distribution that differed from one province to the next, which is unacceptable;
- In a bankruptcy context, when expressions such as “secured creditor” are defined in the B.I.A., they must be interpreted according to the definition assigned to them by Parliament and not that provided for by provincial legislatures. The provinces cannot modify the way these expressions are defined for the purposes of the B.I.A.;
- To determine the relationship between a provincial statute and the B.I.A., the form of the provincially created right must not prevail over the substance. The provinces do not have a right to do indirectly what they are prohibited from doing directly; and
- In order for the provincial statute to be inapplicable, it is not necessary for the province to have intended to encroach on exclusive federal jurisdiction over bankruptcy and to be in conflict with the B.I.A. It is enough that the provincial statute has that effect.

Rainville, *supra* note 8; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. v. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 S.C.R. 785, *Business Development Bank of Canada v. Quebec* (Commission de la santé et de la sécurité du travail), [1988] 1 S.C.R. 1061, *British Columbia v. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 24 and *Husky Oil Operations v. M.N.R.*, [1995] 3 S.C.R. 453.

⁶⁷ S. 122-124 B.I.A., Form 31 intitled “Proof of Claim”.

⁶⁸ Provided that the remedies of secured creditors are not suspended by the effects of sections 69ff B.I.A. L.W. Houlden and G.B. Morawetz, *The 2000 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act* (Toronto: Carswell, 1999) at 498 [hereinafter *The 2000 Annotated B.I.A.*].

⁶⁹ M^e André Prévost describes this kind of security as a “super-privilege”. “Le régime particulier”, *supra* note 64 at 21.

⁷⁰ Subsection 14.06(8) of the B.I.A. provides that:

[...] a claim against a debtor in a bankruptcy or proposal for the costs of remedying any environmental condition or environmental damage affecting real property of the debtor shall be a provable claim, whether the condition arose or the damage occurred before or after the date of the filing of the proposal or the date of the bankruptcy.

immovables of the debtor.⁷¹ This means that the benefits conferred by a civil law hypothec are subordinate to repayment of the Crown's claim for the costs of remedying the environmental damage.⁷²

▪ **A preference that ranks ahead of the bank's claim**

The security attributed to the interim receiver for repayment of his expenses and fees also confers a preferential ranking, if the Court permits.⁷³ This gives the interim receiver a preference over all the secured creditors,⁷⁴ including a bank that holds a bank guarantee.⁷⁵ The court must however ensure that the secured creditors have been notified. Before making an order, it may allow them to make representations.⁷⁶ The determination of the security may be effected at the hearing for the appointment of an interim receiver or at a subsequent hearing.⁷⁷

▪ **A preference that ranks ahead of the claims of the Crown secured by deemed trusts**

Subsection 81.2(1) of the B.I.A. creates a security for the benefit of farmers, fishermen and aquaculturists to secure their claims in respect of the unpaid amount of the products that they have delivered to the debtor who has become bankrupt or made a proposal.⁷⁸ This security charges all

⁷¹ This leads M^e André Prévost to remark that some financial institutions could be expected to take additional security to forestall such a possibility. "Le régime particulier", *supra* note 64 at 23.

⁷² *Ibid.*

⁷³ The C.C.L.C. recognized judicial hypothecs. *Précis de droit des sûretés*, *supra* note 17 at 265 ff. See article 2034 C.C.L.C. The C.C.Q. now recognizes legal hypothecs for claims under a judgment. Art. 2724(4) C.C.Q. The comparison ends there, however, since these securities are not recognized by Parliament in a bankruptcy context. Subsection 70(1) of the B.I.A. provides that:

[e]very receiving order and every assignment made in pursuance of this Act takes precedence over all judicial or other attachments, garnishments, certificates having the effect of judgments, judgments, certificates of judgment, judgments operating as hypothecs, executions or other process against the property of a bankrupt, except those that have been completely executed by payment to the creditor or his agent, and except the rights of a secured creditor.

From this it follows that a legal hypothec published in the register for the publication of rights in order to secure a claim under a judgement is without effect in a bankruptcy context since it would then constitute a process of execution likely to distort equal footing among creditors. *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 6 at 43. See also *Larue v. Royal Bank of Canada*, [1926] S.C.R. 218 aff'd [1928] A.C. 187 (P.C.). The "judicial" security granted an interim receiver for his fees and expenses is thus an exception.

⁷⁴ The English version conveys a nuance lacking in the French version. The English version specifies that this security ranks "ahead of any or all secured creditors" (emphasis added). The French version simply provides that this security has "préséance sur les réclamations de tout créancier garanti" (emphasis added). By comparison, the claim of the trustee in bankruptcy for his fees is collocated after the claims of the secured creditors. See par. 136(1)(a) B.I.A. In the case of a proposal, it is the responsibility of the trustee in bankruptcy to come to an agreement with the author of the proposal and the creditors to ensure that his fees will be paid and his expenses reimbursed. *Infra* note 77 at 144.

⁷⁵ *Ibid.* This was a case where the debtor had made a general assignment of all accounts to the CIBC. The bank also held claims under a general security agreement.

⁷⁶ The creditors may file a notice of objection under section 80 of the B.I.G.R.

⁷⁷ A judgment of the Ontario Court of Justice a few years ago recognized that security and the top-ranking preference it conferred on the interim receiver, that is, it came even ahead of the secured claims. In that case, Chadwick J. had appointed an interim receiver but had decided to postpone the decision whether to grant the interim receiver top ranking security, as the Act provides. One of the secured creditors, the CIBC, however, claimed that the determination of the security should have taken place at the time of the hearing for the appointment of an interim receiver and that the court could not recognize *a posteriori* the existence of that security. Section 47.2 of the B.I.A. provides that:

[w]here an appointment of an interim receiver is made under section 47 or 47.1, the court may make such an order respecting the payment of fees and disbursements of the interim receiver as it considers proper, including an order giving the interim receiver a charge [...] (emphasis added).

Chadwick J. dismissed the claim of the bank and stated that subsection 47.2(1) of the B.I.A. should not be interpreted too narrowly. The judge added that he had appointed the interim receiver, that the latter had carried out his obligations in accordance with the order, that for that reason he should be compensated for his services and should rank ahead of secured creditors. *Re N.T.W. Management*, [1994] 29 C.B.R. (3th) 139 at 142-143 (Ont. Bkcy).

⁷⁸ These creditors may avail themselves of that security only if all the following conditions are met:

- the farmer delivered the product within the fifteen day period preceding the day on which the purchaser became bankrupt or a receiver was appointed to administer the property of the bankrupt, and

the inventory of or held by the purchaser. It is in addition to the right of repossession provided for in subsection 81.1(1) of the *B.I.A.*⁷⁹ It provides an almost absolute security for the repayment of the farmer, fisherman or aquaculturalist. In fact, this security gives the latter a preferential right over any other claim, right, charge—regardless of when it arose—against the purchaser's inventory.⁸⁰ In addition, it ranks ahead of the Crown's rights in respect of its deemed trust for its tax claims.⁸¹ Interestingly enough, the deemed trust was created so that it would prevail over the *sui generis* right of ownership of the banks that follows the guarantee provided for in section 427 of the *Bank Act*.⁸² In theory, it should follow that the inventory secured by the charge does not form part of the bankrupt's property.

In fact, only the supplier's right to repossession of the goods under subsection 81.1(1) of the *B.I.A.* takes precedence over the preference conferred by subsection 81.2(1) of the *B.I.A.* Lastly, subsection 81.2(1) of the *B.I.A.* specifies that if the disposition of the bankrupt's property causes the value of the bankrupt's entire inventory to be decreased below the value of the latter's claim, the trustee himself is liable for the amounts covered by that security.⁸³

The creation of these securities interferes with the benefits granted under Quebec civil law to hypothecary creditors. They are, in sum, "super-preferences" that benefit some creditors to the detriment of the others, despite the secured creditor status granted them under the *B.I.A.*, including, with regard to the charge granted to farmers, fishermen and aquaculturalists, the Crown, despite the "super-preference" created by the deemed trust. In the latter case, the property on which the security can be realized is simply removed from the patrimony of the debtor even before it is transferred to the trustee in bankruptcy to administer the bankruptcy. In the case of the security granted to the interim receiver, the latter only has to apply to the court to obtain a preference over the rights of such secured creditors as the banks. In fact, it is only the Crown's realizing on the security granted it in respect of its claims relating to environmental damage that raises questions from the standpoint of provincial private law. That is the next topic to be covered.

2.3. The exercise of remedies

In 1994, the Quebec legislature considerably amended the law of security on property and, in particular, the rights related to the exercise of the hypothecary remedies. In sum, it extended the

- as of the day on which the purchaser became bankrupt or a receiver was appointed, the farmer had not been fully paid for the products, and
- the farmer files a proof of claim in respect of the unpaid amount with the trustee or receiver within thirty days after the bankruptcy of the purchaser or the appointment of a receiver to administer the bankrupt's property, and
- the claim must be in the prescribed form (Form 31) (this is the general claim form).

⁷⁹ Subs. 81.2(4) *B.I.A.* See *The 2000 Annotated B.I.A.*, *supra* note 68 at 355.

⁸⁰ As section 81.2 of the *B.I.A.* is worded, this charge ranks above every other claim "notwithstanding any other federal or provincial Act or law".

⁸¹ *Income Tax Amendments Act, 1997*, S.C. 1998, c. 19, subs. 227(4.1). For an in-depth analysis of the deemed trust, see L. L'Heureux, "La fiducie présumée de recouvrement de la Loi de l'impôt sur le revenu" (1999-2000) 21:3 *Revue de planification fiscale et successorale* 481.

⁸² *The 2000 Annotated B.I.A.*, *supra* note 68 at 249. See *Royal Bank v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411.

⁸³ Subsection 81.2(1) *in fine* of the *B.I.A.* provides that:

If the trustee or receiver, as the case may be, takes possession or in any way disposes of inventory covered by the charge, the trustee or receiver is liable for the claim of the farmer, fisherman or aquaculturalist to the extent of the net amount realized on the disposition of that inventory, after deducting the cost of realization, and is subrogated in and to all rights of the farmer, fisherman or aquaculturalist to the extent of the amounts paid to them by the trustee or receiver.

rules relating to the exercise of these remedies to certain contracts such as the trust by onerous title established by contract to secure the performance of an obligation,⁸⁴ the sale with right of redemption to secure a loan,⁸⁵ and instalment sales involving the published reservation of property.⁸⁶ It follows that the differences between "security ownership", "security trusts" and "traditional securities" have been considerably lessened.⁸⁷

The system of hypothecary remedies established by the Quebec legislature provides four types of remedies: taking possession for purposes of administration,⁸⁸ taking in payment,⁸⁹ sale by the creditor by public auction, by agreement or by a call for tenders⁹⁰ and sale by judicial authority.⁹¹ The exercise of these remedies must, however, be preceded by the issuance of prior notice of the creditor's intention to avail himself of one of the remedies against the debtor after twenty days, in the case of a movable property, or after sixty days, in the case of an immovable property.⁹²

Where a debtor becomes bankrupt or files a proposal, the hypothecary creditor will be considered as a secured creditor for the purposes of a bankruptcy case.⁹³ He may realize on his security, subject to the stay provided for in sections 69 to 69.31 of the *B.I.A.*, as if he were a stranger to the bankruptcy.⁹⁴ There are, however, two exceptions to this principle: the specific features that Parliament gives the securities it creates in its own legislation and the obligations to act honestly and in good faith provided for in Part XI of the Act.

The special features given by Parliament to the security it creates in its own legislation

Under subsection 14.06(7) of the *B.I.A.*, the Crown could decide not to take part in the bankruptcy and to realize on the security protecting its claim for the costs of remedying the damage caused to the environment—as Parliament provides, "in accordance with the law of the jurisdiction in which the real property is located, in the same way as a mortgage, hypothec or other security."⁹⁵ What does this mean? Should it be concluded that this is a reference to provincial private law in the area of securities on property? Do the rules governing hypothecary rights, in particular, apply?

⁸⁴ Art. 1263 C.C.Q.

⁸⁵ Art. 1756 C.C.Q.

⁸⁶ Art. 1749 C.C.Q.

⁸⁷ "The Treatment of Creditors", *supra* note 9 at p. 931.

⁸⁸ Art. 2773ff C.C.Q.

⁸⁹ Art. 2778ff C.C.Q.

⁹⁰ Art. 2784ff C.C.Q.

⁹¹ Art. 2791ff C.C.Q.

⁹² If the security mechanism giving rise to the hypothecary remedy is collateral to a consumer contract, the period is 30 days. In cases involving immovable and movable property, the time does not start to run until the notice has been registered. Art. 2758(2) C.C.Q.

⁹³ The Parliament defines "secured creditor" by listing a certain number of forms of security that confer on their holders the title of "secured creditor". Among these mechanisms, Parliament expressly provides for the hypothec. Subs. 2(1) of the *B.I.A.*

⁹⁴ A secured creditor may, however, always decide to participate in the bankruptcy and file his proof of claim. *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 6 at 73.

⁹⁵ The Crown, considered as a secured creditor pursuant to subsection 2(1) of the *B.I.A.*, can realize on its special security outside the proposal under the rules set out in subsection 69.1(2) of the *B.I.A.* The Crown may also realize on its special security outside the bankruptcy, under the rules set out in subsection 69.3(2) of the *B.I.A.*

It has been argued that, despite Parliament's apparently explicit intent, the realisation of this security "in the same way as a mortgage", presents certain problems of a substantive nature.⁹⁶ Under provincial private law, the debtor's failure to pay a debt or perform an obligation allows hypothecary creditors to realize on their security.⁹⁷ But in this case, what allows the Crown to realize upon its security is the fact that the debtor has become bankrupt or has filed a proposal. However, could it not be considered that, by reason of the fact that he is insolvent, the debtor is *de facto* in default?⁹⁸ The difficulty stems from the fact that the security is not created until after the debtor's insolvency or bankruptcy.

The Crown could, in principle, assert its "super-preference" securing its claim for remedial costs on the gross realizable value of the property charged.⁹⁹ The trustee in bankruptcy, in order to protect the assets' interests, may try to recover any surplus generated by the sale of the immovable by the Crown.¹⁰⁰ This may prove to be a delicate transaction because of the fluctuations in the value of the property that, first, has been environmentally damaged and, then, remedied by the Crown.

The obligation to act with honesty and good faith in Part XI of the Act

Since 1992, the *B.I.A.* has contained provisions governing the exercise of the remedies of secured creditors. Parliament imposes on secured creditors obligations of honesty and good faith in administering and liquidating the debtor's property.¹⁰¹ However, such rules do not apply until a receiver takes possession of the debtor's property in order to administer it.

Parliament defines in subsection 243(2) of the *B.I.A.* "receiver" within the meaning of Part XI of the *B.I.A.*¹⁰² There are two basic aspects to this definition. First, the receiver described is the one who takes possession of the property of an insolvent debtor. Second, the receiver must be appointed under a court order or a security agreement. The definition is worded ambiguously, however, and permits of two contradictory interpretations.

⁹⁶ The remedies presented in subsection 14.06(7) of the *B.I.A.* may be enforced when the debtor makes a proposal or becomes a bankrupt without regard to his failure to pay his bills. "Environmental Liabilities", *supra* note 61 at 42.

⁹⁷ Art. 2748(2) *C.C.Q. Mortgage Act*, L.R.O. 1990, c. M-40, Part II. See *Ibid*.

⁹⁸ The *B.I.A.* defines an insolvent person as one:

- (a) who is for any reason unable to meet his obligations as they generally become due,
- (b) who has ceased paying his current obligations in the ordinary course of business as they generally become due, or
- (c) the aggregate of whose property is not, at a fair valuation, sufficient, or, if disposed of at a fairly conducted sale under legal process, would not be sufficient to enable payment of all his obligations, due and accruing due.

⁹⁹ "Environmental Liabilities", *supra* note 61 at 42.

¹⁰⁰ *The 2000 Annotated B.I.A.*, *supra* note 68 at 322.

¹⁰¹ These obligations are set out in sections 246 and 247 of the *B.I.A.* The receiver must, in addition, administer the property "honestly and in good faith" and in a "commercially reasonable manner". He must also make reports describing the exercise of his duties with respect to the property.

¹⁰² It states that a:

- [...] "receiver" means a person who has been appointed to take, or has taken, possession or control, pursuant to
 - (a) an agreement under which property becomes subject to a security (in this Part referred to as a "security agreement"), or
 - (b) an order of a court made under any law that provides for or authorizes the appointment of a receiver or receiver-manager, of all or substantially all of
 - (c) the inventory,
 - (d) the accounts receivable, or
 - (e) the other property of an insolvent person or a bankrupt that was acquired for, or is used in relation to, a business carried on by the insolvent person or bankrupt.

On a broad and liberal construction, the words "a person who has been appointed to take (...)" [possession of the property]", on the one hand, and "or has taken" on the other hand, present a conceptual alternative: the traditionally accepted concept of a receiver and what would appear to be a new concept of a "receiver". Thus, the "receiver" described in this definition can be the one who is traditionally appointed under a security agreement or court order, but he may also be a creditor who simply takes possession of the property that forms part of the security agreement in order to realize upon it.

According to the narrow interpretation, on the other hand, subsection 243(2) of the *B.I.A.* refers only to the traditional receiver. It follows that the "receiver" described in this definition is the one who takes possession of the property of an insolvent debtor in conformity with a security agreement or a court order.¹⁰³

These were the arguments submitted to Baynton J. of the Saskatchewan Court of Queen's Bench.¹⁰⁴ Baynton J. began by acknowledging the merits of the two interpretations, but then opted for the narrow interpretation. Taking into account the purposes of Part XI of the *B.I.A.*, he added, however, that a secured creditor could be a "receiver" as defined in subsection 243(2) of the *B.I.A.* provided that he was appointed under a security agreement or a court order to take possession of the property of his debtor.

Applied to Quebec, this would mean that subsection 243(2) of the *B.I.A.* could not apply to the situation of hypothecary creditors.¹⁰⁵ The legal basis for hypothecary creditors to enforce their rights in the event of the debtor's default is not found in a contract of security or a court order but in the *C.C.Q.* itself.¹⁰⁶ It could be added that the use of the concept of "receiver" in the context of subsection 243(2) of the *B.I.A.* probably refers to a concept that was traditionally recognized solely in common law. The sequestrator under civil law is more akin to a depositary.¹⁰⁷ In civil law, the provisions governing the administration of the property of another apply.¹⁰⁸

The method of realizing on the securities described in subsection 243(2) of the *B.I.A.* was, in Quebec, the taking of possession of a company under a trust deed in order to liquidate the debtor's inventories, accounts receivable and assets. The *S.P.C.A.* permitted a trust deed to be created for the benefit of the obligees under which they could enter into possession of the property of the

¹⁰³ Since the effect of the obligations imposed on secured creditors under Part XI of the *B.I.A.* is to limit their freedom to enforce their rights, a narrow interpretation of these provisions would be consistent with the rules of statutory interpretation. See P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3th ed. (Montreal: Thémis, 1999) at 594.

¹⁰⁴ *Farm Credit Corporation v. Corriveau*, (1993) 20 C.B.R. (3th) 124 (Sask. Q.B.).

¹⁰⁵ It should be remembered that giving in payment, in the context of security on property, is a concept that was abandoned by the National Assembly with the reform of the Civil Code. However, no cases in Quebec have questioned the application of this definition of "receiver" in Quebec. Therefore, it is not possible to determine how a Quebec court would react if it had to deal with the application of subsection 243(2) of the *B.I.A.* Although it can always be argued that a broad and liberal interpretation of these provisions should be preferred by a Quebec court, we believe that the narrow interpretation taken in *Farm Credit Corporation* should be favoured.

¹⁰⁶ Article 2748 of the *C.C.Q.* provides that:

In addition to their personal right of action and the provisional measures provided in the *Code of Civil Procedure*, creditors have only the hypothecary rights provided in this chapter for the enforcement and realization of their security.

See A. Riendeau, "L'insolvabilité et l'exécution des garanties" (Conference of the faculty of law of University McGill, Montreal, 29-30 March 1996) at 27. It should be noted that the situation could be completely different for some creditors whose security is granted them under an Act of Parliament. For example, a creditor with a bank guarantee may take possession of the property of his debtor outside the cases provided for by subsection 427(3) of the *Bank Act* without court authorization. *Atomic Slipper Co. v. National Bank of Canada*, [1991] 1 S.C.R. 1059 at 1080 and 1081. See *Bank Act*, 1991 S.C. c. 46. See also *Droit des sûretés*, supra note 17 at 372ff.

¹⁰⁷ Art. 2280ff *C.C.Q.*

¹⁰⁸ Art. 1299ff *C.C.Q.*

debtor issuer and administer or liquidate it should the debtor default.¹⁰⁹ However, the disappearance of the trust deed with the reform of the Civil Code can give the impression that Part XI of the B.I.A. is a dead letter in Quebec.¹¹⁰

However, this blunt statement must be qualified. In the first place, there are creditors in Quebec with securities under other legislation besides the C.C.Q. that can be realized on by the intervention of a "receiver".¹¹¹

In the second place, some rules in Part XI apply to all creditors with claims secured by a security. Subsection 244(1) of the B.I.A. imposes on all secured creditors the obligation to send a notice to an insolvent creditor before executing on their security.¹¹² In particular, a secured creditor cannot execute on his security before the expiration of a ten-day period.¹¹³ The C.C.Q., however, provides for the immediate surrender of the debtor's property where there is reason to fear that otherwise recovery of his claim may be endangered, or where the property may perish or deteriorate rapidly.¹¹⁴ At first glance, there would appear to be an inconsistency between the possibility of obtaining an immediate surrender of the debtor's property and the obligation to provide 10 day's notice under subsection 244(1) of the B.I.A.¹¹⁵

Another comment concerns the defence under section 252 of the B.I.A. Parliament allows the secured creditor in any proceeding, where it is alleged that a secured creditor or a receiver contravened one of the obligations under Part XI of the B.I.A. (for example, concerning the sending of a notice under section 244 of the B.I.A.), to show that he had reasonable grounds to believe that the debtor was not insolvent. This section is addressed to the secured creditor himself and to the

¹⁰⁹ The authorization to take possession of the debtor's property in the event of his default had to be expressly provided for in the trust deed. L. Lévesque, *L'acte de fiducie*, coll. Minerve (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 1991) at 28ff. The taking of possession did not transfer the ownership, which remained in the debtor's hands. *Laliberté v. Larue*, [1931] S.C.R. 7. An interesting detail: it was confirmed that a trustee under a trust deed could act directly without having to appoint a "receiver". Y. Caron, "De l'action réciproque du droit civil et de common law dans le droit des compagnies de la province de Québec" in J.S. Ziegel, *Studies in Canadian Company Law* (Toronto: Butterworths, 1967) at 141. See also *Droit des sûretés*, *supra* note 17 at 251ff.

¹¹⁰ It could be added that the Quebec legislature governs the administration and liquidation of the property of an insolvent debtor by a hypothecary creditor under the rules pertaining to the administration of the property of others. However, as noted by M^e Riendeau, Quebec's rules for the administration of the property of others are in a number of respects "[Translation] similar, indeed redundant" to those imposed on the "receiver" under Part XI of the B.I.A. Accordingly, the objective sought by Parliament in introducing Part XI of the B.I.A. would be achieved in any case. "L'insolvabilité et l'exécution des garanties", *supra* note 106 at 31.

¹¹¹ For example, creditors with a bank guarantee. *Bank Act*, *supra* note 106, s. 427. One can consider, with respect to banks, the application of the provisions of the C.C.Q. regarding the administration of the property of others. Since banks hold a *sui generis* right of ownership over the property of their debtors, could it still be said that, after taking possession of this property, banks administer the property of others? On this topic, see M. Cantin Cumyn, *L'administrateur du bien d'autrui* (Cowansville, Que.: Yvon Blais, 2000) at 112.

¹¹² Unlike the rest of Part XI of the B.I.A. which deals with the receiver, subsection 244(1) of the B.I.A. refers in particular to secured creditors. It provides that:

[a] secured creditor who intends to enforce a security on all or substantially all of

(a) the inventory,

(b) the accounts receivable, or

(c) the other property of an insolvent person that was acquired for, or is used in relation to, a business carried on by the insolvent person shall send to that insolvent person, in the prescribed form and manner, a notice of that intention.

Section 124 of the B.I.G.R. provides that:

[t]he notice of intention to enforce a security that a secured creditor is required to send to an insolvent person pursuant to subsection 244(1) of the Act must be in prescribed form and must be sent in the manner provided for in the security agreement or, in the absence of any provision in the security agreement, must be served, or sent by registered mail or courier.

Notice of intention to enforce a security must be in the form prescribed by Form 86 entitled "Notice of Intention to Enforce a Security".

¹¹³ Subs. 244(2) of the B.I.A. It should be remembered that the ten days' notice is a minimum notice period. It is not added to the notices of exercise of hypothecary rights provided for in C.C.Q. (20 and 30 days for movables, 60 days for immovables). Filing such a notice would be sufficient under subsection 244(2) of the B.I.A. *Société générale (Canada) v. 2967-6804 Québec Inc.*, [1994] R.J.Q. 1684 (Que. Sup. Ct.); "L'insolvabilité et l'exécution des garanties", *supra* note 106 at 4ff.

¹¹⁴ Art. 2767(1) C.C.Q.

¹¹⁵ "L'insolvabilité et l'exécution des garanties," *supra* note 106.

receiver defined in subsection 243(2) of the *B.I.A.*, which means that this defence is open to any secured creditor even if he does not qualify as a "receiver".

It is apparent that the exercise of the remedies to which Parliament refers for realization of the security it grants the Crown for its claims related to environmental damage raises some questions because of the hybrid and exceptional nature of this security. The application of Part XI of the *B.I.A.* is limited in Quebec to the rare cases where creditors whose claim is secured by a security on property exercise their remedy against a debtor by appointing a receiver under a security agreement. An example might be a bank with a bank guarantee whose remedies do not appear in section 427 of the *Bank Act.* but in the security agreement.

General conclusions

After this rapid overview of the situation created by Parliament's introduction of new security mechanisms in the *B.I.A.*, we can offer a few comments in lieu of a conclusion. From the terminological point of view, it is not incorrect to assert that the word "charge" designates a hypothec. However, in order to avoid confusion with the common law meaning of "charge", it would be preferable to use the terminology recognized by the *C.C.Q.*; "sûretés" or "garantie" for example.

From the standpoint of substantive rights, while Parliament has sufficient jurisdiction over bankruptcy and insolvency to put in place any security mechanism that it desires, nevertheless, by creating security mechanisms outside those provided for in provincial private law and Quebec civil law in particular, it confuses relationships among creditors. However, for creditors to be reasonably able to govern their conduct, some stability is required in the legal framework in which they operate. An analysis of some of the security devices created by Parliament in the *B.I.A.* seems to show, however, that creditors' rights are subject to significant variations in terms of the rules for setting up, preferences and remedies. Such variations are probably a matter for concern in the legal community. The harmonization program implemented by the Department of Justice Canada cannot serve as a forum to address these concerns except by respecting in the federal legislative corpus the terminology and concepts in force in Quebec private law.

These questions, and many more, are presently the subject of studies within the Justice Department in collaboration with Industry Canada.

FASCICULE 8

**L'HARMONISATION DE LA
LÉGISLATION FÉDÉRALE AVEC
LE DROIT CIVIL DE LA
PROVINCE DE QUÉBEC ET LA
LOI SUR LA FAILLITE ET
L'INSOLVABILITÉ : QUELQUES
PROBLÉMATIQUES**

**LA CRÉATION DES
MÉCANISMES DE SÛRETÉ PAR
LE LÉGISLATEUR FÉDÉRAL
DANS LA LOI SUR LA FAILLITE
ET L'INSOLVABILITÉ**



**L'harmonisation de la
législation fédérale avec le droit
civil de la province de Québec
et le bijuridisme canadien**

Deuxième publication

**L'HARMONISATION DE LA
LÉGISLATION FÉDÉRALE EN
MATIÈRE DE FAILLITE ET
D'INSOLVABILITÉ AVEC LE DROIT
CIVIL DE LA PROVINCE DE QUÉBEC :
QUELQUES PROBLÉMATIQUES**

**Document d'appui à la conférence prononcée au
Congrès du Barreau du Québec
le 11 mai 2001, Montréal (Québec)**



Alain Vauclair et Martin-François Parent

**Données de catalogage avant publication de la
Bibliothèque nationale du Canada**

Vedette principale au titre :

L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil de la province de Québec et le bijuridisme canadien. Deuxième publication.

Texte en anglais et en français disposé tête-bêche.

Titre de la p. de t. addit. : The harmonization of federal legislation with the civil law of the Province of Quebec and canadian bijuralism.

Second publication.

Comprend des références bibliographiques.

Publ. aussi sur l'Internet et sur CD-ROM.

1. Common law — Canada.
2. Droit civil — Québec (Province)
3. Droit international privé — Juridiction — Canada.
4. Droit comparé.
- I. Canada. Ministère de la Justice.

KE432.H37 2001

342.71'042

C2001-980147-5F

Publié en vertu de l'autorisation de la ministre de la Justice et
procureure générale du Canada

© Ministre de la Justice et procureure générale du Canada 2001

Imprimé au Canada

CAT : J2-176/8-2001

ISBN : 0-662-65730-6

TE : The Harmonization of Federal Legislation with the Civil Law
of the Province of Quebec and Canadian Bijuralism.

STE : ... some examples from the bankruptcy and insolvency act.

STE : The creation by the federal parliament of security
mechanisms

TF : L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil
de la province de Québec et le bijuridisme canadien.

STF : ... faillite et insolvabilité en regard du droit civil

STF : Les mécanismes de sûreté créés par le législateur...

TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
1. Liens complémentaires entre la <i>L.F.I.</i> et le droit privé des provinces	2
1.1. Les origines historiques de la <i>L.F.I.</i>	2
1.2. La Reconnaissance jurisprudentielle des liens complémentaires unissant la <i>L.F.I.</i> au droit privé	5
1.3. La formation d'une équipe de travail au sein du ministère de la Justice pour l'harmonisation de la <i>L.F.I.</i>	6
2. Problèmes propres à la <i>L.F.I.</i>	7
2.1. La définition de créancier garanti	7
2.2. L'attribution de la compétence en <i>equity</i>	10
2.3. La pétition en faillite et d'autres questions procédurales	12
2.4. L'application de la partie XI	21
2.5. La faillite des sociétés et des fiducies québécoises.....	24
2.6. Rôles du syndic.....	28
3. Problèmes d'ordre général	32
3.1. La création de nouvelles sûretés	32
3.2. La notion de « disposition/ <i>settlement</i> »	34
3.3. La notion d'entreprise.....	36
3.4. La notion de cautionnement	37
Conclusions générales	40



L'HARMONISATION DE LA LÉGISLATION FÉDÉRALE EN MATIÈRE DE FAILLITE ET D'INSOLVABILITÉ AVEC LE DROIT CIVIL DE LA PROVINCE DE QUÉBEC : QUELQUES PROBLÉMATIQUES



Par Alain Vaclair¹,
avocat-conseil,
Section du Code civil,
ministère de la Justice du Canada



Par Martin-François Parent¹,
conseiller juridique,
Section du Code civil,
ministère de la Justice du Canada

Introduction

Le présent texte a pour but de faire le point sur le travail du ministère de la Justice du Canada en ce qui concerne l'harmonisation de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*² [ci-après *L.F.I.*] avec le droit civil du Québec. Nous avons voulu y traiter de quelques-unes des problématiques les plus importantes mais également les plus passionnantes que cette harmonisation présente. Comme nos travaux en sont à une étape encore préliminaire, nous nous sommes limités à ne livrer ici qu'un ensemble d'observations et de constats. À cet égard, il importe de noter qu'aucune recommandation de modification législative n'est ici proposée, pas plus qu'elle ne devrait se déduire des propos qui suivent. En revanche, nous serons forts heureux de recueillir tous les commentaires que vous pourriez formuler au sujet de l'une ou l'autre de ces problématiques d'harmonisation.

En termes généraux, l'harmonisation consiste, d'abord, à réviser toutes les lois et tous les règlements fédéraux dont l'application requiert le recours au droit privé provincial et, ensuite, à en harmoniser le contenu de sorte qu'ils intègrent les notions, concepts et vocabulaire du droit civil québécois. L'harmonisation des lois fédérales avec le droit civil québécois consiste, ainsi, à refléter l'interaction du droit fédéral avec le droit privé.

Le droit privé canadien émane de deux traditions juridiques distinctes : le droit civil et la *common law*. La tradition civiliste tient son origine du droit français introduit par la colonisation, aboli par la cession de la Nouvelle-France à l'Angleterre et rétabli par le Parlement de Londres par l'*Acte de Québec*. La tradition de *common law*, de son côté, est issue des colonies britanniques qui se sont jointes peu à peu à la fédération canadienne. Afin d'établir les pouvoirs des divers parlements

¹ Respectivement avocat-conseil et conseiller juridique à la Section du Code civil du ministère de la Justice du Canada. Nous tenons à remercier M^{re} Annie Paré et M^{re} Michael Keiver, conseillers juridiques à la Section du Code civil, pour leur précieuse collaboration et leurs judicieux conseils.

² L.R.C. 1985, c. B-3.

de la nouvelle fédération, la Constitution canadienne a partagé les compétences législatives sur le droit privé entre les législateurs provinciaux — une compétence générale en matière de propriété et de droit civil — et le législateur fédéral — une compétence exceptionnelle sur certaines matières dont la faillite et l'insolvabilité. La nature exceptionnelle de la compétence du législateur fédéral en matière de droit privé explique, au moins en partie, les liens de dépendance qui unissent la législation fédérale et la législation provinciale. Interagissant avec deux traditions juridiques distinctes, la législation fédérale est, à cet égard, bijuridique.

À travers le monde, les cas de bijuridisme sont nombreux. Le plus souvent, il est le résultat de la juxtaposition de deux systèmes juridiques. Ce qui est particulier dans l'exemple canadien est la présence de deux traditions juridiques distinctes au sein d'un même corpus législatif. On peut, en conséquence, qualifier la législation fédérale en matière de droit privé de « droit mixte » ou, plus exactement, de « droit privé mixte ». Ce qui est encore plus particulier, au Canada, est que cette « mixité » évolue en contexte de bilinguisme. On peut dire de l'expérience canadienne en matière d'harmonisation qu'elle est, à cet égard, tout à fait unique.

Concrètement, le bijuridisme canadien représente un défi de taille pour le législateur fédéral. Ce dernier doit non seulement tenir compte des particularités conceptuelles et terminologiques respectives du droit civil et de la *common law*, mais il doit aussi tenir compte des nombreux changements qu'a entraînés la réforme du droit civil en 1994. En effet, le législateur québécois a alors abandonné de vieux concepts de droit civil pour en introduire de nouveaux. Au point de vue terminologique, certains termes sont devenus désuets alors que de nouvelles expressions sont nées. C'est pourquoi le législateur fédéral a choisi de procéder à une véritable harmonisation de ses lois avec le droit civil québécois.

Toutefois, il est possible de trouver des normes juridiques faisant appel à aucune des deux traditions juridiques. On dira alors que la norme se « dissocie » du droit privé des provinces et qu'elle est une forme de « droit autonome ». Dans ces cas, l'harmonisation ne sera pas nécessaire puisque l'on ne pourra pas relier la norme à l'une ou l'autre des deux traditions juridiques.

Dans ce texte, nous verrons, en premier lieu, les liens complémentaires qui unissent la *L.F.I.* et le droit privé des provinces. Par la suite, nous aborderons quelques problématiques que soulève l'harmonisation de la *L.F.I.* avec le droit civil québécois.

1. Liens complémentaires entre la *L.F.I.* et le droit privé des provinces

1.1. Les origines historiques de la *L.F.I.*

Un retour dans l'histoire n'est pas sans intérêt pour comprendre les enjeux de l'harmonisation de la *L.F.I.* avec le droit civil québécois. Il permet de constater les liens complémentaires qui se sont tissés au fil des ans entre une loi d'inspiration britannique et un droit commun d'origine civiliste. Nous verrons d'abord l'adoption des premières lois de faillite canadiennes, puis l'abrogation des lois de faillite, le contexte de l'adoption de la loi de faillite moderne et, enfin, la loi actuelle.

Adoption des premières lois de faillite au Canada (1774-1880)

Le rétablissement de l'usage du droit coutumier français en 1774³ a engendré au Québec une longue période de confusion judiciaire en matière commerciale⁴ : insistance de la part de sujets anglophones pour importer les règles de la *common law*, résistance des sujets francophones attachés à la *Coutume de Paris* et aux ordonnances royales françaises.⁵

Une fois mâtée la révolte des Patriotes, le Conseil spécial du Bas Canada, nommé titulaire du pouvoir législatif colonial par le Parlement de Londres, a procédé, entre 1838 et 1841, à l'adoption de nombreuses lois commerciales d'inspiration britannique dont la première loi de faillite canadienne.⁶ Dès 1843, on a étendu l'application de cette loi à l'ensemble du Canada-Uni.⁷ La principale refonte de cette loi, en 1864,⁸ a tout juste précédé l'adoption du *Code civil du Bas Canada*⁹ [ci-après *C.C.B.C.*] dans lequel on retrouvait de nombreuses dispositions régissant la faillite et l'insolvabilité, dont l'action paulienne.¹⁰ Ces dispositions relèveront, à partir de la Confédération, de la compétence exclusive du législateur fédéral.¹¹ En 1875, ce dernier a abrogé les lois de faillite dont s'étaient dotées l'Île-du-Prince-Édouard et la Colombie-Britannique, et a fait de sa propre loi de faillite la seule loi applicable au Canada en ce domaine.¹²

Abrogation des lois de faillite (1880-1919)

À la suite d'une crise économique majeure marquant les années 1870, le législateur fédéral a pris la décision d'abroger sa loi de faillite.¹³ En Chambre, lors des débats houleux entourant l'adoption du projet de loi procédant à cette abrogation, on a opiné que les créanciers dont les débiteurs connaîtraient de graves problèmes financiers pourraient s'en remettre au droit privé des

³ An Act for Making More Effectual Provision for the Government of the Province of Quebec in North America, 1774 (R.-U.) 14 Geo III, c. 83; reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 2.

⁴ M. Greenwood, « Lower Canada (Quebec): Transformation of Civil Law, from Higher Morality to Autonomous Will, 1774-1866 », (1996) 23 Man. L.J. 132. En outre, l'auteur évoque l'affaire *Hutchinson c. Gillespie*, où un juge a déclaré qu'aucune loi ne pouvait recevoir application en matière de déconfiture puisque la *common law* d'Angleterre avait été proscrite en matière privée depuis l'*Acte de Québec*, d'une part, et qu'aucune des ordonnances de l'ancien régime n'avait été enregistrée par le Conseil souverain du Québec, d'autre part. *Hutchinson c. Gillespie*, [1844] 4 Moo. P.C. 378, 13 E.R. 349 (P.C.). Le Conseil souverain de Québec était un organisme administratif et judiciaire dont les pouvoirs s'apparentaient à ceux détenus par les parlements français de l'époque. J.-G. Castel, *The Civil Law System of the Province of Quebec*, Toronto, Butterworths, 1962 aux pp. 15-20. Voir aussi H. Neatby, *The Administration of Justice under the Quebec Act*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1937 aux pp. 15-17, 155-160; J.-M. Brisson, *La formation d'un droit mixte : l'évolution de la procédure civile de 1774 à 1867*, Montréal, Thémis, 1986 aux pp. 34-39.

⁵ La *Coutume de la prévôté et Vicomté de Paris* ou *Coutume de Paris*, publiée en 1580 et reconnue par Louis XIV en 1664, consacrait quatre livres au droit commercial et au recouvrement de dettes. L'application de la *Coutume de Paris* s'est étendue à la Nouvelle-France à la suite de l'*Édit établissant la Compagnie des Indes orientales* de 1664. Outre la *Coutume de Paris*, l'*Édit de 1543 sur le droit commercial*, le *Code Marchand*, l'*Ordonnance sur le commerce*, l'*Ordonnance civile de 1667*, appelé aussi *Code Louis*, et l'*Ordonnance sur les hypothèques* de 1673 constituaient les règles applicables en matière d'insolvabilité. Voir J.A. Dickinson, « New France : Law, Courts, and the Coutume de Paris, 1608-1760 », (1996) 23 Man. L.J. 32 aux pp. 42-43.

⁶ *Ordonnance concernant les Banqueroutiers, et l'administration et la distribution de leurs effets, et de leurs biens*, L.B.-C. 1839, c. 36 (Conseil spécial). Dix ans plus tard, le système de l'insolvency est lui aussi importé d'Angleterre et consacré dans l'*Acte pour abolir l'emprisonnement pour dette et punir les débiteurs frauduleux dans le Bas Canada, et pour d'autres objets*, S.C. 1849, c. 42. Cette loi avait pour but d'organiser la cession de biens et la libération physique des débiteurs.

⁷ *Acte pour abroger une Ordonnance du Bas Canada intitulée, Ordonnance concernant les Banqueroutiers et l'administration et la distribution de leurs biens et de leurs effets, et pour établir des dispositions sur le même objet dans toute la Province du Canada*, S. Prov. c. 1843, c. 10.

⁸ *Acte concernant la faillite*, S.C. 1864, c. 17, par. 1.

⁹ L.Q. 1865, c. 41.

¹⁰ Il s'agit des articles 17(23), 749, 750, 803, 1032-1040, 1092, 1118, 1119, 1175, 1497, 1754, 1755(4), 1790, 1844, 1892(4), 1946, 1947, 1953(2), 1998, 2023, 2085 et 2090 C.C.B.C.

¹¹ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, par. 91(21).

¹² *Acte concernant la faillite*, S.C. 1875, c. 16, art. 149.

¹³ *Acte à l'effet d'amender « l'Acte de faillite de 1875 » et ses amendements*, S.C. 1881, c. 27.

provinces.¹⁴ Considérant cette curieuse situation, le Conseil privé d'Angleterre a reconnu aux législateurs provinciaux le pouvoir d'occuper le champ de compétence attribué au législateur fédéral.¹⁵ C'est ainsi qu'on a adopté, dans les provinces de *common law*, des lois sanctionnant les paiements frauduleux¹⁶ et, au Québec, des modifications au *Code de procédure civile* [ci-après *C.P.C.*] régissant le dépôt volontaire.¹⁷

Adoption de la loi de faillite moderne (1919-1949)

Après un silence de près de quarante ans, le législateur fédéral a repris l'exercice de sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité.¹⁸ Il est bon de noter que le ministre de la Justice de l'époque avait souligné en Chambre l'importance, pour le législateur fédéral, de respecter le droit privé des provinces et, en particulier, le droit civil de la province de Québec.¹⁹ Ces nobles intentions ne se sont toutefois pas concrétisées dans la *Loi de faillite*,²⁰ directement inspirée de la *Loi sur la faillite* britannique.²¹ C'est ainsi que le législateur fédéral a importé dans la législation canadienne de nombreux mécanismes étrangers au droit civil québécois dont la cession de biens, la pétition en faillite, l'ordonnance de séquestre, pour en nommer que quelques-uns.

Loi actuelle (1949-2000)

Depuis 1949, le législateur fédéral a révisé la *L.F.I.* à quelques reprises. Ces révisions ont été l'occasion, pour ce dernier, d'introduire de nouveaux mécanismes dont la proposition de consommateur, les questions reliées à l'environnement, les règles encadrant l'exercice des recours des créanciers garantis, la faillite internationale, la faillite des courtiers en valeurs mobilières, entre autres.²² Toutefois, le cœur et l'âme de la *L.F.I.* demeurent fortement imprégnés de *common law*.

¹⁴ *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada* (19 février 1880) aux pp. 76 et s. Ces débats indiquent qu'en Ontario et au Nouveau-Brunswick, il existait des lois permettant aux créanciers de saisir les biens d'un débiteur et de les remettre au shérif qui les conservait afin de protéger les droits des créanciers. À part les dispositions du *C.C.B.C.* concernant l'insolvabilité, aucune loi de ce genre n'existait ailleurs au pays.

¹⁵ Selon le Conseil privé, une loi fédérale concernant la faillite et l'insolvabilité pouvait comporter des dispositions ancillaires portant sur des matières relevant de la compétence des provinces. Les législatures provinciales se voyaient alors dans l'impossibilité de contredire de telles dispositions. Toutefois, étant donné l'absence de législation fédérale concernant la faillite et l'insolvabilité, le Conseil privé a conclu que la loi ontarienne faisant l'objet du litige n'empiétait pas la compétence exclusive accordée au Parlement fédéral en matière de faillite et d'insolvabilité. *Attorney General of Ontario c. Attorney General for the Dominion of Canada*, [1894] A.C. 189 (P.C.).

¹⁶ Bien que le législateur fédéral occupe ce champ de compétence de nos jours, les provinces ont encore des lois en vigueur sur le sujet : *Fraudulent Conveyances Act*, R.S.N. 1990, c. F-24, art. 3; *Assignments and Preferences Act*, R.S.N.S. 1989, c. 25, art. 4; *Loi sur les cessions et préférences*, S.R.N.B. 1973, c. A-16, art. 2; *Frauds on Creditors Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-15, art. 2; *Loi sur les cessions et préférences*, L.R.O. 1990, c. A.33, par. 4(1); *Loi sur les cessions en fraude des droits des créanciers*, L.R.O. 1990, c. F.29, art. 2; *Loi sur les transferts frauduleux de biens*, L.R.M. 1987, c. F160, art. 2; *Fraudulent Preferences Act*, R.S.S. 1978, c. F-21, art. 3; *Fraudulent Preferences Act*, R.S.A. 1980, c. F-18, art. 2; *Fraudulent Conveyance Act*, R.S.B.C. 1979, c. 142, art. 1; *Fraudulent Preference Act*, R.S.B.C. 1979, c. 143, art. 3; *Loi sur les préférences et les transferts frauduleux*, L.R.Y. 1986, c. 72, art. 2. Voir aussi art. 1631 *C.C.Q.* (action en inopposabilité).

¹⁷ *Loi amendant le Code de procédure civile concernant la saisie des salaires ou gages*, L.Q. 1903, c. 57. On a longtemps surnommé cette loi *Loi Lacombe* du nom du député qui avait proposé ces modifications. Celles-ci sont, par ailleurs, encore en vigueur. Voir art. 652 *C.P.C.* et s.

¹⁸ Entre 1880 et 1919, le législateur fédéral n'occupe pas le champ de compétence qui lui a été attribué en 1867 en matière de faillite et d'insolvabilité sauf, en 1882, lorsqu'il adopte une loi, toujours en vigueur, ne s'appliquant qu'aux compagnies en état d'insolvabilité. *Loi sur les liquidations et les restructurations*, L.R.C. 1985, c. W-11. Toutefois, lorsqu'une compagnie fait une cession de biens ou qu'un tribunal compétent rend une ordonnance de séquestre à son endroit, l'application de cette loi est suspendue. art. 213 *L.F.I.*

¹⁹ *Débats de la Chambre des communes* (28 mars 1919) à la p. 968.

²⁰ L.C. 1919, c. 36.

²¹ *An Act to Consolidate the Law Relating to Bankruptcy* (R.-U.), 1914-1916, c. 59 [ci-après *Loi de faillite anglaise de 1914*]. Voir A. Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, t. 1, Montréal, Thémis, 1992 aux pp. 9-18.

²² *Loi modifiant la Loi sur la faillite*, L.C. 1966-67, c. 32; *Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence*, L.C. 1992, c. 27; *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu*, L.C. 1997, c. 12.

De son côté, le législateur québécois a lui aussi procédé à une révision législative et a introduit le *Code civil du Québec*²³ [ci-après *C.C.Q.*] comprenant, notamment, une révision en profondeur du régime des sûretés.

On peut retenir de ce qui précède que les enjeux concernant l'harmonisation de la *L.F.I.* avec le droit civil québécois ont marqué l'histoire législative canadienne. Si l'on a reconnu l'importance de la tradition de droit civil, si l'on a reconnu les liens complémentaires qui unissent la loi de faillite fédérale avec le droit privé des provinces, il n'en demeure pas moins que l'harmonisation de la *L.F.I.* présente un problème de fond, soit l'arrimage d'une loi fédérale inspirée d'un modèle britannique à une tradition civiliste récemment modernisée.

1.2. La reconnaissance jurisprudentielle des liens complémentaires unissant la *L.F.I.* au droit privé

La jurisprudence a reconnu les liens complémentaires unissant la *Loi sur la faillite fédérale* et le droit privé de la province de Québec. Cela a donné lieu à des passages forts intéressants émanant du plus haut tribunal du pays. Il s'agit des propos du juge Beetz dans l'affaire *Robinson* ainsi que ceux du juge Pigeon dans l'affaire *Rainville*.

*L'affaire Robinson c. Countrywide Factors Ltd*²⁴

Dans l'affaire *Robinson*, il était question de la validité du recours d'un syndic de la Saskatchewan qui s'était appuyé sur les dispositions du *Fraudulent Preferences Act*²⁵ pour faire annuler un paiement qu'il croyait frauduleux. Cette affaire s'est rendue jusqu'en Cour suprême du Canada où l'on a débattu de la constitutionnalité de la loi provinciale en regard du partage des compétences. Considérant cette question, le juge Beetz a souligné les liens qui unissent le droit privé des provinces au droit de la faillite en déclarant que :

« L'insolvabilité est au centre des parties de la *common law* et du droit civil qui traitent notamment d'hypothèque, de nantissement, de gage, de cautionnement et de garantie des créances en général qui sont implicitement ou explicitement fondées sur le risque d'insolvabilité et qui produisent leur plein effet lorsque le risque est devenu réalité (...) ».²⁶

Le juge a poursuivi en déclarant que « le Parlement ne peut facilement exercer sa compétence principale et ses pouvoirs accessoires sans un certain degré de chevauchement, auquel cas la loi fédérale prévaut (...) ».²⁷ En conclusion, il a repris les termes mêmes du paragraphe 72(1) de la *L.F.I.* en ajoutant qu'en édictant cet article « le Parlement, loin de renoncer à la règle d'incompatibilité d'application, a en fait visé au plus haut niveau possible d'intégration légale des lois fédérales et provinciales ».²⁸

²³ L.Q. 1991, c. 64.

²⁴ *Robinson c. Countrywide Factors Ltd*, [1978] 1 R.C.S. 753 [ci-après *Robinson*].

²⁵ R.S.S. 1965, c. 397.

²⁶ *Robinson*, *supra* note 24 à la p. 804.

²⁷ *Ibid.* à la p. 805.

²⁸ *Ibid.* à la p. 809. Le paragraphe 72(1) de la *L.F.I.* prévoit que :

L'affaire Rainville²⁹

Une des plus célèbres citations du juge Pigeon se trouve dans le jugement de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Rainville*.³⁰ Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si l'on devait reconnaître pour les fins de la *Loi sur la faillite*, le privilège qu'une loi provinciale accordait à la Couronne. Le juge Pigeon, après avoir brièvement résumé les faits et les prétentions des parties, y est allé d'une observation d'une pertinence étonnante dans le contexte du programme d'harmonisation fédéral actuel. Il déclare :

« On touche ici à un problème majeur dans l'interprétation de la législation fédérale et il convient pour bien en juger de s'arrêter un instant à considérer la difficulté de la tâche des rédacteurs de ces lois. Ils doivent non seulement élaborer un texte législatif dans les deux langues mais aussi le plus souvent le faire en fonction de deux systèmes juridiques différents : le droit civil du Québec et la *common law* des autres provinces. Dans la législation sur la faillite qui tranche à chaque instant dans les domaines du droit provincial public et privé, la tâche est particulièrement ardue. Il ne faut donc être surpris d'y rencontrer d'énormes difficultés. Au surplus, inutile de le cacher, la *Loi sur la faillite* de 1949 comme la *Loi de faillite* de 1919 est non seulement inspirée presque totalement de source anglaise mais aussi médiocrement servie par le rédacteur de la version française ».³¹

Cette déclaration a été récemment citée par les juges de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Château d'Amos*.³²

1.3. La formation d'une équipe de travail au sein du ministère de la Justice pour l'harmonisation de la L.F.I.

Reconnaissant l'existence des liens complémentaires unissant la L.F.I. avec le droit civil québécois et devant la complexité des enjeux soulevés par l'harmonisation de la loi fédérale, le ministère de la Justice du Canada a choisi de procéder à la révision de celle-ci à titre de projet pilote d'harmonisation. À cet effet, des professeurs ont été consultés et une équipe de travail a été constituée.

Études des professeurs

Depuis 1995, le ministère de la Justice a approché une impressionnante brochette d'experts dans divers domaines juridiques — soit les professeurs Jacques Deslauriers, Albert Bohémier, Jacques Auger et Roderick Macdonald — afin de poser un premier diagnostic sur le travail d'harmonisation à accomplir en matière de faillite et d'insolvabilité. Ces derniers ont tous affirmé la nécessité de procéder à l'harmonisation de la L.F.I. Le professeur Albert Bohémier concluait un article consacré à ce sujet en affirmant que « [l']auteur demeure néanmoins convaincu que

« la présente loi n'a pas pour effet d'abroger ou de remplacer les dispositions de droit substantif d'une autre loi ou règle de droit concernant la propriété et les droits civils, non incompatibles avec la présente loi, et le syndic est autorisé à se prévaloir de tous les droits et recours prévus par cette autre loi ou règle de droit, qui sont supplémentaires et additionnels aux droits et recours prévus par la présente loi ».

²⁹ *Sous-ministre du Revenu (Québec) c. Rainville*, [1980] 1 R.C.S. 35 [ci-après *Rainville*].

³⁰ Ce passage, plutôt long, est tout de même souvent cité intégralement. Voir par exemple R. P. Simard et A. Leduc, « Affaire Château d'Amos : intégrité du droit canadien de la faillite ou du droit civil québécois, deux intérêts inconciliables dans un régime fédéral? », dans Barreau du Québec, *Développements récents en droit administratif*, vol. 131, Cowansville, Yvon Blais, 2000, 85 à la p. 87 [ci-après « Deux intérêts inconciliables? »]; D. S. Goldstein et Y. Goldstein, « The impact of the Civil Law on Bankruptcy and Insolvency Practice in Quebec or Whose Bankruptcy and Insolvency Act Is It Anyway? », dans *Pertinence renouvelée du droit des obligations : Back to Basics : Conférences commémoratives Meredith 1998-1999*, Cowansville, Yvon Blais, 2000, 253 à la p. 256.

³¹ *Rainville*, supra note 29 à la p. 41.

³² *Château d'Amos Ltée (syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 à la p. 2633 (C.A.) [ci-après *Château d'Amos*].

l'adoption de solutions appropriées quant aux sujets abordés améliorerait grandement la situation actuelle » [soulignement ajouté].³³

Les professeurs Jacques Auger, Albert Bohémier et Roderick A. Macdonald étaient un peu plus explicites en écrivant, dans les premières pages d'un article portant sur le traitement des créanciers dans la L.F.I., qu'« [i]l est clair que la L.F.I. et le Code civil sont dans une situation d'interdépendance réciproque et il importe de ce fait que la plus grande harmonie règne entre eux » [soulignement ajouté].³⁴

Pour des raisons diverses, toutefois, les premières tentatives d'harmonisation de la L.F.I. avec le droit civil québécois, notamment la modification de la définition de « créancier garanti », ne se sont pas concrétisées en texte législatif.³⁵ Pourtant, comme l'affirmait le professeur Jacques Deslauriers, « [l]'harmonisation entre la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et le *Code civil du Québec* est urgente » [soulignement ajouté].³⁶

L'opinion de ces experts achève de nous convaincre de l'incontournable et pressante tâche que représente l'harmonisation de la L.F.I. avec le droit civil québécois.

Constitution de l'équipe faillite

En juillet 1999, la Section du Code civil a procédé à la constitution d'une équipe de juristes à qui l'on a confié le mandat de procéder à la révision de la L.F.I. et des *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité*³⁷ [ci-après R.G.F.I.] dans le but d'harmoniser ces textes en entier avec le droit civil québécois. Un partenariat a aussi été mis en place avec Industrie Canada, ministère responsable de cette loi. Suite à ses travaux préliminaires, cette équipe a constaté la présence au sein de la L.F.I. de problèmes propres à cette loi ainsi que d'autres problèmes tout aussi importants mais plus généraux. C'est ce que nous verrons maintenant.

2. Problèmes propres à la L.F.I.

2.1. La définition de créancier garanti

La définition de « créancier garanti » est une des dispositions les plus importantes de la L.F.I. et l'harmonisation de cette définition avec le droit civil québécois implique des conséquences économiques pour les créanciers participant à une faillite qui, certes, ne sont pas négligeables. Elle soulève, en ce qui concerne notre propos, une problématique en plusieurs volets soit : la désuétude de la terminologie qu'elle continue d'employer, la nature des mécanismes qui confèrent le statut de créancier garanti et la question des « sûretés propriétés » et des « sûretés-fiducies ». Nous verrons

³³ A. Bohémier, « Recherche de bijuridisme : la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997, 863 à la p. 909 [ci-après « Recherche de bijuridisme »].

³⁴ J. Auger, A. Bohémier et R. A. Macdonald, « Le traitement des créanciers dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* et les mécanismes de garantie du droit civil du Québec » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997, 911 à la p. 916 [ci-après « Le traitement des créanciers »].

³⁵ Toutefois, le 31 janvier 2001, le premier projet de loi d'harmonisation était réintroduit au Sénat. On pourra y référer comme Projet de loi S-4.

³⁶ J. Deslauriers, « Le projet de loi S-22 et l'harmonisation de la *Loi sur la faillite* avec le *Code civil du Québec* », Conférence de l'Association du Barreau canadien, Québec, 24 octobre 2000 à la p. 2 [ci après « Conférence sur le projet de loi S-22 »].

³⁷ DORS/98-240.

aussi en quoi consistaient les propositions de modification des premiers projets de loi d'harmonisation.

Terminologie désuète

La définition de créancier garanti que l'on trouve à l'article 2 de la *L.F.I.* renvoie à des concepts de droit privé, plus précisément à ceux du domaine des sûretés.³⁸ C'est le cas, par exemple, du « nantissement » et du « privilège ». Sous l'empire du *C.C.B.C.*, la présence des termes « nantissement » et « privilège » dans l'énumération de la définition de créancier garanti et le traitement jurisprudentiel dont ils ont fait l'objet permettaient une certaine adéquation entre le *C.C.B.C.* et la *L.F.I.* Les sûretés réelles qui étaient reconnues par le *C.C.B.C.* l'étaient aussi par la *L.F.I.*, sous réserve de l'application du paragraphe 70(1) et de l'article 136 de la *L.F.I.* et de l'interprétation tirée de l'expression « sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens à titre de garantie d'une dette ».

L'entrée en vigueur du *C.C.Q.*, le 1^{er} janvier 1994, a modifié de façon importante le droit des sûretés. Sous réserve des dispositions transitoires prévues par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*,³⁹ les privilèges créés par le *C.C.B.C.* ou découlant de lois spéciales ont été abolis. Pour le bénéfice de certains créanciers, le législateur a introduit un nouveau concept : les priorités. Or, les « priorités » ne sont pas de même nature que les « privilèges ». Sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à leur inscription pour en bénéficier, elles confèrent un droit de préférence qui supplante, en principe, celui des créanciers hypothécaires, peu importe la date de l'inscription de l'hypothèque.⁴⁰ Par conséquent, l'énumération que l'on retrouve à la définition de « créancier garanti » prévue par la *L.F.I.* comporte une terminologie désuète.

Les sûretés réelles

La définition de « créancier garanti » énumère une série de mécanismes de sûreté portant « sur ou contre les biens du débiteur ou une partie de ses biens à titre de garantie d'une dette ». Il découle de ceci que seules les sûretés réelles sont visées par cette définition. Or, les priorités ne constituent pas des droits réels.⁴¹ Leurs titulaires ne peuvent pas, par conséquent, recevoir le titre de « créancier garanti ». C'est ce qui ressort de la décision de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Château d'Amos*.⁴² Réagissant à cet arrêt, l'Assemblée nationale a déposé et adopté un projet de loi modifiant le *C.C.Q.* afin d'y introduire le concept de « priorité constitutive de droits

³⁸ La définition se lit comme suit :

« Personne détenant une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir, ou personne dont la réclamation est fondée sur un effet de commerce ou garantie par ce dernier, lequel effet de commerce est détenu comme garantie subsidiaire et dont le débiteur n'est responsable qu'indirectement ou secondairement. »

³⁹ L.Q. 1992, c. 57.

⁴⁰ Sous réserve du droit de prise en paiement du créancier hypothécaire. Voir *Sous-ministre du Revenu du Québec c. Banque nationale du Canada*, [1999] R.J.Q. 950 (C.A.). *Contra* : *Château d'Amos*, *supra* note 32.

⁴¹ M^e Louis Payette rappelle à ce sujet que :

« [l]e code ne définit pas la priorité comme un droit réel, comme il le fait dans le cas de l'hypothèque. Il ne lui confère que quelques-uns des attributs de l'hypothèque; il n'en fait découler aucun droit de suite [...]. Dans ce contexte, il faut conclure que la priorité constitue un droit de préférence *sui generis* qui ne peut sans doute pas être caractérisé comme un droit réel ».

L. Payette, « Des priorités et des hypothèques », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 23 à la p. 66.

⁴² *Château d'Amos*, *supra* note 32 à la p. 2626.

réels » en faveur des municipalités et commissions scolaires.⁴³ La question semble réglée dans le cas de ces dernières.⁴⁴

En ce qui concerne les autres créanciers prioritaires, c'est une autre histoire. Par exemple, il n'a jamais été clairement établi par la jurisprudence si l'attribution au rétenteur du titre de « créancier garanti » était attribuable au droit de rétention lui-même ou au privilège qui s'y rattachait. Le professeur Jacques Deslauriers qualifie cette incertitude de « problème grave » et affirme que « [m]ême si avant 1994, le rétenteur se voyait ainsi reconnaître le statut de créancier garanti dans une faillite, ce statut de créancier garanti est devenu très incertain suite aux modifications du nouveau code. On peut même affirmer que ce statut est devenu inexistant ».⁴⁵

Enfin, la priorité pour les créances fiscales de l'État et la priorité pour frais de justice deviennent inapplicables aux biens qui sont liquidés par le syndic puisqu'ils sont régis, respectivement, par les articles 86 et 136 de la L.F.I.

Les « sûretés-propriétés » et les « fiducies-sûretés »

Outre les priorités et les hypothèques, des mécanismes mettant en jeu le droit de propriété peuvent aussi servir à garantir l'exécution d'une obligation. On peut penser ici à la vente à tempérament,⁴⁶ à la vente sous condition résolutoire⁴⁷ ou à la vente avec faculté de rachat.⁴⁸ On qualifie ces mécanismes de « sûretés-propriétés ».⁴⁹

La L.F.I. permet à leurs bénéficiaires, sous réserve de certaines formalités prescrites par le droit privé des provinces, de réclamer du syndic la possession des biens visés au moyen de la procédure prévue à l'article 81 de la L.F.I. Ces créanciers-proprétaires sont en quelque sorte des étrangers à la faillite, bien davantage encore que ne le sont les créanciers garantis. Ces derniers sont en effet soumis à certaines mesures qui n'affectent pas les créanciers-proprétaires.

Lorsque le C.C.B.C. était en vigueur, le traitement que la L.F.I. réservait aux créanciers-proprétaires était similaire à celui qu'ils recevaient en droit civil. En effet, le législateur québécois n'interdisait pas l'utilisation du droit de propriété à des fins de garantie et il permettait ainsi aux créanciers de se doter de mécanismes de garanties souvent plus efficaces que les sûretés réelles.

L'entrée en vigueur du C.C.Q. a entraîné un grand changement à cet égard puisque dorénavant l'exercice des droits découlant de la vente à tempérament et de la vente avec faculté de rachat, lorsque le débiteur exploite une entreprise, ainsi que de la vente immobilière sous condition résolutoire est soumis aux règles relatives à l'exercice des droits hypothécaires. Il en va de même pour l'exercice des droits relatifs à une fiducie à titre onéreux garantissant l'exécution d'une obligation.⁵⁰ Ainsi, selon les professeurs Jacques Auger, Albert Bohémier et Roderick A.

⁴³ Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale, L.Q. 1999, c. 90, art. 42-43. Voir art. 2654.1 C.C.Q.

⁴⁴ Il semble y avoir à ce sujet un certain consensus au sein de la communauté juridique. Voir « Deux intérêts inconciliables? », *supra* note 30 à la p. 87.

⁴⁵ « Conférence sur le projet de loi S-22 », *supra* note 36 à la p. 6.

⁴⁶ Art. 1745 à 1749 C.C.Q.

⁴⁷ Art. 1742 et 1743 C.C.Q.

⁴⁸ Art. 1750 à 1756 C.C.Q.

⁴⁹ Voir « Le traitement des créanciers », *supra* note 34 à la p. 954.

⁵⁰ Art. 1263 C.C.Q.

Macdonald, l'écart entre, d'un côté, les sûretés traditionnelles et, de l'autre, certaines sûretés-propiétés et fiducies-sûretés s'amenuise grandement au point de conclure que :

« Dans ce contexte où les sûretés-propiétés et les fiducies-sûretés sont de plus en plus considérées par le droit commun comme étant d'abord des mécanismes de garantie, il peut paraître paradoxal que la L.F.I. continue d'ignorer cette orientation, en les assujettissant à un régime différent de celui applicable aux créanciers garantis. L'harmonisation entre la L.F.I. et le C.C.Q. peut donc exiger une remise en question de la notion même de créancier garanti afin qu'elle s'étende aussi aux créanciers-propiétaires et aux créanciers-fiduciaires. Ceux-ci seraient de ce fait assujettis aux mêmes restrictions que celles imposées aux créanciers garantis et le syndic pourrait, moyennant certains ajustements, disposer à leur égard des mêmes droits que ceux qu'il détient vis-à-vis des créanciers garantis ».⁵¹

Projet de loi d'harmonisation

La définition de « créancier garanti » a fait l'objet de propositions de modifications législatives dans le projet de loi C-50, en 1998, et dans le projet de loi S-22, en 2000. On prévoyait dans ce dernier l'introduction de la « priorité constitutive de droits réels » en faveur des municipalités et des commissions scolaires. On y prévoyait aussi l'ajout des mécanismes de « sûreté-propiété », de « fiducie-sûreté » et du droit de rétention. Le but recherché étant, non pas d'introduire du droit nouveau, mais de rétablir l'équilibre qui existait avant l'arrivée du nouveau code et de faire le pont avec la situation qui prévaut depuis. Ces deux projets de loi sont morts au feuillet.⁵²

2.2. L'attribution de la compétence en equity

La L.F.I. attribue la compétence pour entendre les litiges portant sur la faillite et l'insolvabilité à certains tribunaux, qu'elle énumère de façon exhaustive et qui correspondent à peu près aux tribunaux de droit commun dont elle reconnaît la compétence inhérente.⁵³ Elle attribue également une compétence en equity.⁵⁴ On retrouve, de plus, quelques références à l'*equity law* ailleurs dans la L.F.I.⁵⁵

⁵¹ « Le traitement des créanciers », *supra* note 34 à la p. 956.

⁵² Voir *supra* note 35.

⁵³ Tel serait le sens à accorder au paragraphe 183(1) L.F.I. Selon le juge Houlden et Mr. Morawetz, les mots « juridiction de première instance, auxiliaire et subordonnée » renverraient à la compétence inhérente des tribunaux de droit commun à qui la L.F.I. attribue la compétence en matière de faillite et d'insolvabilité. L.W. Houlden et G. B. Morawetz, *The 2000 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Scarborough, Carswell, 1999 à la p. 636 [ci-après *The 2000 Annotated B.I.A.*].

⁵⁴ Art. 183 L.F.I.

⁵⁵ Exemples de références à l'*equity law* :

Selon la définition de « bien » du paragraphe 2(1) de la L.F.I., la loi vise les biens de toute nature, en droit et en équité.

Selon l'alinéa 4(3)c) de la L.F.I., une personne qui, « en vertu d'un contrat, en équité ou autrement », possède des actions d'une personne morale est considérée comme propriétaire de celles-ci.

Selon l'article 84 de la L.F.I., lorsque le syndic procède à la vente d'un bien, « tous les droits de propriété [du failli], en droit et en équité » sont transmis à l'acheteur.

Selon l'article 213 de la L.F.I., lorsqu'une personne morale fait une cession de biens ou qu'une requête de mise en faillite a été déposée contre celle-ci, les procédures entreprises sous la *Loi sur les liquidations et les restructurations* deviennent caduques sous réserve de l'attribution de dépens, « selon ce que l'équité pourra imposer ».

Selon le paragraphe 268(5) de la L.F.I., le tribunal saisi d'un dossier de faillite en contexte international peut « appliquer [...] des règles de droit ou d'équité » au sujet d'ordonnances émises par les tribunaux d'un autre pays.

Cette attribution pose la question de savoir si la Cour supérieure du Québec a ainsi acquis une compétence en matière d'*equity law*. De fait, certains juges y font référence lorsque vient le moment d'appliquer certaines dispositions de la L.F.I.⁵⁶

On s'est parfois fondé sur l'article 183 de la L.F.I. pour appliquer des normes de « *fairness* » et de « *good conscience* ». ⁵⁷ Or, il semble que cette interprétation ne soit pas celle qu'il convient d'appliquer. Selon le juge Louis De Blois de la Cour supérieure du Québec, le terme *equity* utilisé par le législateur à l'article 183 de la L.F.I. ne renvoie pas à autre chose que l'*equity law* de droit anglais.⁵⁸

Cette attribution de pouvoirs judiciaires et la reconnaissance de l'exercice par les tribunaux de droit commun de leur compétence inhérente peuvent soulever quelques interrogations en regard du droit civil québécois. L'article 183 a, d'ailleurs, déjà fait l'objet de propositions de modification législative dans les premiers projets de loi sur l'harmonisation. On y proposait d'indiquer clairement que la L.F.I. n'avait pas pour effet d'attribuer de compétence en *equity* aux cours du Québec.

L'*equity law* provient d'Angleterre et appartient à un vocabulaire et à un contexte conceptuel étrangers au droit civil québécois. Toutes les mesures relatives à l'*equity law* que l'on trouve dans la L.F.I. posent la question de savoir comment un juge de la Cour supérieure du Québec peut employer ces mesures s'il n'a aucune compétence pour le faire. À ce sujet, le juge Derek Guthrie, de la Cour supérieure du Québec, a déclaré, à l'occasion de l'affaire *Castor Holding Ltd* :

« La Cour supérieure est le tribunal de droit commun; elle se prononce en première instance sur toute demande qu'une disposition formelle de la loi n'a pas attribuée exclusivement à un autre tribunal (art. 31 C.P.). Elle détient tous les pouvoirs requis pour l'exercice de cette compétence (art. 46 C.P.). Il n'est pas nécessaire d'importer le concept de juridiction en équité pour ajouter à sa compétence générale. Le paragraphe 183(1) vise seulement à assurer que les cours supérieures des provinces de *common law* peuvent exercer leur compétence en droit et en équité lorsqu'elles exercent leur compétence générale. Cet article n'accorde pas à la Cour supérieure du Québec, quand elle exerce sa compétence en matière de faillite, un pouvoir additionnel à celui qu'elle possède déjà » [soulignements ajoutés].⁵⁹

En revanche, si la compétence qu'accorde la L.F.I. pour juger les affaires sur l'*equity* ne vise que les cours supérieures des provinces de *common law*, cela n'a pas empêché la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Structal (1982) inc. c. Fernand Gilbert Ltée*, d'appliquer la notion d'« *equitable set-off* » (ou compensation en « *equity* ») énoncée par la Cour suprême du Canada dans *Holt c. Telford*.⁶⁰ Ceci a d'ailleurs été fort critiqué par André Bélanger.⁶¹

⁵⁶ *Pogany (syndic de)*, [1997] R.J.Q. 1693 à la p. 1700 (C.S.); *Janpar Produits de bureau Inc. (syndic de)*, [1993] R.J.Q. 1907 à la p. 1914 (C.S.); *Maestro Ltée (syndic de)* (25 mai 2000), Montréal 500-11-011474-992, J.E. 2000-1323 (C.S.); *Bureau (syndic de)*, [1995] R.J.Q. 1461 à la p. 1465 (C.S.).

⁵⁷ *Re Alliance Credit Corp. : Gagnon c. Montreal Trust Co.* (1973), 17 C.B.R. 136 (C.S. Qué.); *Fredericton Co-operative Ltd c. Smith* (1921-22), 2 C.B.R. 154 (N.-B.K.B.); *Re Stanley & Bunting* (1924-25), 5 C.B.R. 18 (C.S. Ont.); *Re Duranceau : Perras c. Cie mutuelle d'immeubles Ltée* (1954), 34 C.B.R. 198 (C.S. Qué.).

⁵⁸ *Re 125258 Canada Inc. (formerly Cast North America Ltd.) : Bisseger c. Banque royale du Canada*, [1986] R.J.Q. 1666 à la p. 1680 (C.S.), conf. [1990] R.J.Q. 1547 (C.A.). Voir aussi *Meublerie André Viger Inc. (syndic de)*, [1992] R.J.Q. 1461 à la p. 1467 (C.A.).

⁵⁹ *Castor Holding Ltd (syndic de)* (29 octobre 1999), Montréal 500-11-001584-925, J.E. 99-2246 (C.S.).

⁶⁰ *Holt c. Telford*, [1987] 2 R.C.S. 193 à la p. 206; *Structal (1982) Inc. c. Fernand Gilbert Ltée*, [1999] R.J.Q. 1686 (C.S.). Cette jurisprudence est reprise dans *Nolisair International Inc. (syndic de)* (22 août 2000) Montréal 500-09-008036-998, J.E. 2000-1665 (C.A.).

⁶¹ A. Bélanger, « L'application en droit civil québécois de l'inapplicable equitable set-off de common law » (1999) 78 : 3-4 R. du B. can. 486.

2.3. La pétition en faillite et d'autres questions procédurales

La procédure introductive d'instance en matière de faillite — la pétition en faillite — présente un certain nombre de difficultés conceptuelles, notamment en ce qui a trait au droit supplétif applicable.⁶² Nous verrons en premier lieu les particularités de cette procédure, son appartenance à la tradition de *common law* et son usage dans le contexte du droit civil québécois. À la fin de cette partie, nous verrons d'autres questions relatives à la procédure prévue par le législateur fédéral dans sa législation sur la faillite et l'insolvabilité.

Les particularités de cette procédure

La « pétition en faillite » est une procédure appartenant à un code de règles se voulant complet et constitue une procédure expéditive, exceptionnelle et quasi-criminelle ayant pour but l'obtention d'une ordonnance de séquestre. Voyons maintenant chacun de ces éléments.

i) code (se voulant) complet de règles

Selon la jurisprudence répertoriée dans le *Canadian Encyclopedic Digest*, les règles de procédure prévues à la L.F.I. constituent un ensemble complet de règles adoptées dans le but d'offrir des moyens rapides et efficaces en vue de déterminer les questions soulevées dans le cadre de l'administration des biens du failli, et ce à moindre frais.⁶³ Toutefois, le recours à des règles de droit supplétif peut s'avérer nécessaire dans certains cas que nous verrons à la fin de cette partie.

ii) procédure expéditive

La « pétition en faillite » est une procédure dont le traitement judiciaire doit être expéditif. Dans ses motifs pour rejeter un appel sur une ordonnance de séquestre rendue par la Cour supérieure du Québec, le juge Owen de la Cour d'appel du Québec, affirmait que :

« [...] en matière de faillite, il est nécessaire de garder à l'esprit la philosophie sous-jacente, savoir que les affaires doivent être réglées et les actifs réalisés et distribués aussi rapidement et économiquement que possible. Les procédures de faillite sont avant tout à l'avantage des créanciers et ne sont pas destinées à traîner en longueur par des questions de procédure ou autre à l'avantage du débiteur et de ses amis ».⁶⁴

iii) procédure exceptionnelle

La « pétition en faillite » est une procédure exceptionnelle qui a pour objet d'entraîner le dessaisissement du débiteur et de lui faire perdre ainsi l'administration de son patrimoine.⁶⁵ En fait, c'est l'insolvabilité qui est exceptionnelle en regard des règles énoncées dans le droit commun. En effet, lorsqu'un débiteur sombre dans l'insolvabilité, ses rapports avec autrui souffrent d'un certain

⁶² Le paragraphe 43(1) de la L.F.I. prévoit que :

« [s]ous réserve des autres dispositions du présent article, un ou plusieurs créanciers peuvent déposer au tribunal une pétition en vue d'une ordonnance de séquestre contre un débiteur :

a) d'une part, si, et si la pétition allègue que, la ou les dettes envers le ou les créanciers pétitionnaires s'élèvent à mille dollars;
b) d'autre part, si, et si la pétition allègue que, le débiteur a commis un acte de faillite dans les six mois qui précèdent le dépôt de la pétition. »

⁶³ *Canadian Encyclopedic Digest (Ontario)*, 3^e éd., Toronto, Carswell, 1984 à la p. 397.

⁶⁴ *Pacific Mobile Corp. c. Hunter Douglas Canada Ltd.*, (16 janvier 1979) 200-09-000205-788 (C.A.Q.) conf. par [1979] 1 R.C.S. 842 à la p. 843.

⁶⁵ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 à la p. 111.

déséquilibre. La législation fédérale en matière de faillite et d'insolvabilité vise précisément à rétablir cet équilibre en permettant au débiteur de se libérer de ses dettes et de nouer à nouveau des liens contractuels normaux avec autrui.

iv) procédure quasi-criminelle

À l'origine, la procédure de faillite visait à pénaliser le débiteur insolvable. L'emprisonnement pour dettes était un châtiment souvent imposé. Plus tard, les lois de faillite ont permis la libération de dettes.⁶⁶ Les méthodes se sont peu à peu humanisées lorsque l'on a introduit des options telles que la proposition concordataire,⁶⁷ l'administration sommaire,⁶⁸ le paiement méthodique des dettes⁶⁹ et la proposition de consommateur.⁷⁰ Enfin, récemment, le législateur fédéral a introduit la procédure de médiation visant à permettre aux créanciers et aux débiteurs de régler les situations d'insolvabilité sans passer par l'appareil judiciaire.⁷¹

Malgré cette lente évolution vers la recherche de moyens plus doux pour régler les questions d'insolvabilité, la L.F.I. est encore considérée comme étant pénale de par sa nature. Il semble toutefois que cette conception n'émane que des tribunaux des provinces de *common law*,⁷² bien que cette conception ne semble pas unanimement partagée. À titre d'illustration, citons les propos du juge Sutherland de la Cour suprême de l'Ontario qui affirmait, dans l'affaire *Re Bookman*, que :

« Proceedings under the *Bankruptcy Act* are sometimes referred to as "quasi-criminal", doubtless because they involve the state, affect status and cannot, in the case of a petition, be simply discontinued at the behest of the parties. The term "quasi-criminal" is employed in cases such as *Re Elkind*; *Samuel Hart & Co. v. Elkind* (1966), 9 C.B.R. (n.s.) 274 (Ont. S.C.) where strict compliance with the provisions relating to bankruptcy petitions is being insisted upon by the court. However, in essence the proceedings under the *Bankruptcy Act* are civil proceedings and so not themselves directly affected by s. 11(c) of the Charter. »⁷³

La question semble parfaitement ignorée par les tribunaux québécois. Seul un court passage dans les motifs du juge Kaufman de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Gilbert c. Gilbert* permet de désigner la L.F.I. « au mieux » comme étant de nature quasi-criminelle.⁷⁴ En fait, selon le professeur Albert Bohémier, cette conception serait tombée dans la désuétude, l'aspect patrimonial de la L.F.I. consistant sa fondation moderne.⁷⁵

⁶⁶ *Ibid.* aux pp. 4-8.

⁶⁷ Art. 50 et s. L.F.I. introduits en 1919.

⁶⁸ Art. 155 L.F.I. introduit en 1949.

⁶⁹ Art. 217 et s. L.F.I. introduits en 1967. Il est à noter que cette partie ne s'applique pas au Québec.

⁷⁰ Art. 66.11 et s. L.F.I. introduits en 1992.

⁷¹ Introduite en 1997, la médiation vise à régler les différends relatifs au montant que le failli doit payer à ses créanciers (ce qu'on appelle le revenu excédentaire) et ceux concernant les conditions à remplir pour la libération du failli. Voir sur le site Internet du surintendant des faillies : <http://strategis.ic.gc.ca/SSGF/br01083f.html>.

⁷² *Re Dallas/North Group Inc.* (1999), 46 O.R. (3^e) 602 à la p. 603 (Gen. Div.); *Re 307309 B.C. Ltd.* (1991), 11 C.B.R. (3^e) 187 à la p. 191 (B.-C.S.C.); *Re Whatznu Fashions (1988) Ltd.* (1989) 73 C.B.R. (NS) 241 (Ont. H.C.J.); *Re Saleh* (1982), 42 C.B.R. (NS) 41 à la p. 43 (Ont. H.C.J.); *Re Consoli* (1982), 41 C.B.R. (NS) 203 à la p. 205 (Ont. H.C.J.); *Re Holmes and Sinclair* (1975), 20 C.B.R. (NS) 111 à la p. 112 (Ont. H.C.J.); *Re Elkind* (1966), 9 C.B.R. (NS) 274 à la p. 278 (Ont. H.C.J.).

⁷³ *Re Bookman* (1984), 49 C.B.R. (NS) 267 à la p. 282 (Ont. H.C.J.).

⁷⁴ *Gilbert c. Gilbert*, [1995] C.A. 411.

⁷⁵ *Faillite et insolvabilité* *supra* note 21 à la p. 112.

Appartenance de la *petition* à la tradition de *common law*

La « pétition en faillite » est une vieille procédure appartenant à la tradition de *common law*. Dans le droit anglais du XIX^e siècle, on utilisait déjà le mot *petition* pour désigner le mode procédural permettant aux créanciers de faire reconnaître leurs droits dans un dossier de faillite.⁷⁶ Le mot « *petition* » peut également désigner une procédure introduisant une instance civile principale dans les provinces de *common law*. Elle constitue l'une des procédures introduisant une « *action* ». ⁷⁷

Au point de vue terminologique, on utilise généralement le mot « pétition » pour traduire le mot « *petition* ». On peut toutefois trouver des exemples où le mot « requête » est utilisé comme contrepartie dans la version française des lois.⁷⁸ La même constatation peut se faire dans le corpus législatif fédéral.⁷⁹

Bien qu'elle appartienne, en principe à la tradition de *common law*, la « pétition » soulève tout de même quelques questions relativement à sa nature en contexte de faillite. Dans l'affaire *Re Ristimaki*, le registraire des faillites de l'Ontario devait décider si un tiers pouvait obtenir l'autorisation d'intervenir dans une « pétition en faillite ». En l'occurrence, il s'agissait de l'Agence des douanes et du revenu du Canada. Celle-ci prétendait que l'ordonnance de séquestre aurait pour conséquence de mettre sa créance en péril. La question en litige portait donc sur l'application de la règle 13.01(1) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario prévoyant la requête visant à obtenir l'autorisation d'intervenir en qualité de partie jointe. Le registraire a rejeté la requête de l'agence en affirmant que, selon lui, la règle 13.01(1) ne s'appliquait pas en l'espèce. Le registraire a poursuivi en déclarant que l'ordonnance de séquestre ne peut être considérée comme un jugement au sens de la règle 13.01(1)b) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario puisque la « pétition en faillite » visant à obtenir cette ordonnance ne s'inscrit ni dans une action ni dans une requête. Le registraire s'exprime comme suit :

⁷⁶ *The Oxford English Dictionary*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1989 à la p. 633. Vers la fin du XIX^e siècle, « a petition is a proper mode of coming before the court for the relief of insolvent debtors ».

⁷⁷ Les actions sont généralement introduites par « déclaration/statement of claim ». *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C.43, art.1. Si le temps ne permet pas de rédiger une « déclaration/statement of claim », les règles de procédure civile de l'Ontario permettent de déposer un « avis d'action/notice of action » qui devra être suivi impérativement d'une « déclaration/statement of claim ». *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 14.01. L'autre processus judiciaire en usage dans les instances civiles de l'Ontario est la « requête/application ». Une « requête/application » ne peut être entendue par le tribunal que si elle est spécifiquement prévue par la loi. La partie requérante pourra alors introduire un « avis de requête/notice of application ». *Règles de procédure civile*, *ibid.* r. 38.

⁷⁸ C'est le cas de la *Loi sur les municipalités*, L.R.N.-B. 1973, c. M-22, art. 24-25.

⁷⁹ On peut retrouver dans la législation fédérale un certain nombre d'exemples où l'on emploie le mot « requête » comme traduction de « *petition* » notamment :

Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies, L.R.C. 1985, c. C-25, art. 10 :

Applications [...] shall be made by petition or by way of originating summons or notice of motion.

Demandes [...] peuvent être formulées par requête ou par voie d'assignation introductive d'instance ou d'avis de motion.

Loi canadienne sur les sociétés par actions, L.R.C. 1985, c. C-44, art. 248 :

Application [...] in a summary manner by petition.

Demande [...] présentée par voie sommaire sous forme de requête.

Loi canadienne sur les coopératives, L.C. 1998, c. 1, art 347 :

Application made in any summary manner by petition [...]

Demande [...] présentée par requête sommaire [...]

Cette loi est entrée en vigueur le 31 décembre 1999 par *Décret fixant au 31 décembre la date d'entrée en vigueur de la loi*, SI/99-69, Gaz. c. 1999. II. 1917.

« [...], I question whether a receiving order is a "judgment". "Judgment" is defined in the RCP as "a decision that finally disposes of an application or action on its merits...". "action" in turn is defined as a proceeding that is not an application and includes a statement of claim, notice of action, counterclaim and divorce petition, among other processes. "Application" is defined as a proceeding commenced by notice of application. A petition is neither an action nor an application, by these definitions. » [soulignement ajouté]⁸⁰

Pourquoi le juge n'a-t-il pas reconnu la « pétition en faillite » parmi les « *other processes* »? Faut-il comprendre de ce jugement que la « pétition en faillite » est une procédure autonome dont le droit supplétif ne peut se trouver dans le droit privé des provinces? Le passage cité ci-dessus permet d'illustrer les difficultés liées à la nature de la « pétition en faillite » et ce, dans un contexte de *common law*. Voyons maintenant les difficultés que présente l'usage de la « pétition en faillite » dans un contexte civiliste.

Usage de la « pétition en faillite » en droit civil québécois

Au Québec, le mot « pétition » a déjà eu le sens de « demande en justice ». Il s'agissait alors de la « pétition de droit » et de l'« action pétitoire ». De nos jours, il n'est utilisé qu'en relation avec une demande de reconnaissance d'hérédité, la « pétition d'hérédité ».

i) la pétition de droit

La « pétition de droit » désignait la demande d'autorisation qu'une personne ayant un recours contre le gouvernement adressait au Souverain.⁸¹ Les articles 94 et suivants du *C.P.C.* prévoient maintenant le cadre des recours contre l'État lesquels doivent être introduits par déclaration ou requête.

ii) l'action pétitoire

Sous l'empire du *C.C.B.C.*, l'« action pétitoire » visait la protection en justice des biens immobiliers. Les articles du *C.P.C.* relatifs au « pétitoire » ont été abrogés par le législateur québécois avec l'introduction de l'article 912 du *C.C.Q.* prévoyant que le propriétaire peut agir en justice pour faire reconnaître son titre.⁸²

iii) la pétition d'hérédité

Le mot « pétition » est encore utilisé de nos jours pour désigner le droit d'un successible de faire reconnaître sa qualité d'héritier; c'est ce que l'on appelle la « pétition d'hérédité ».⁸³ Bien que la pétition d'hérédité soit de l'essence d'une réclamation, elle ne désigne pas la procédure employée pour la faire valoir devant le tribunal.

En droit québécois, il n'existe que deux types de procédure introduisant une instance principale. Comme le *C.P.C.* le prévoit, « [à] moins qu'il n'en soit autrement prescrit, une demande en justice

⁸⁰ *Re Ristimaki* (2000), 18 C.B.R. (4^e) 246 à la p. 249 (Ont. Bkcty).

⁸¹ H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1994 à la p. 425 [ci-après *Dictionnaire de droit québécois*].

⁸² Ministère de la Justice (Québec), *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Publications du Québec, 1993 à la p. 535 [ci-après *Commentaires du Ministre*].

⁸³ Art. 626 *C.C.Q.*

est introduite par une déclaration (*declaration*) ».⁸⁴ Il s'agit, en fait, de la procédure générale. Par exemple, les injonctions sont introduites par « déclaration ».⁸⁵ Le *C.P.C.* prévoit plus loin que certaines procédures relatives aux personnes et aux biens sont introduites par « requête/motion ».⁸⁶ Les « requêtes » servent également à introduire des demandes en jugement déclaratoire⁸⁷ et les recours extraordinaires.⁸⁸ En ce qui concerne la « pétition d'hérédité », c'est plutôt au moyen d'une « requête » que l'on introduira la demande devant le tribunal.⁸⁹

Il ne semble pas y avoir, dans la jurisprudence québécoise, de formule consacrée pour désigner la procédure de mise en faillite forcée du débiteur. Une recherche rapide dans la jurisprudence québécoise nous a permis de relever les usages suivants :⁹⁰

- « demande d'ordonnance de séquestre »,
- « demande de mise en faillite »,
- « requête pour mise en faillite »,
- « requête en vue d'obtenir une ordonnance de séquestre »,
- « requête pour obtenir une ordonnance de séquestre »,
- « requête en faillite »,
- « requête de mise en faillite »,
- « requête en vue de l'émission d'une ordonnance de séquestre »,
- « requête de faillite »,
- « requête en vue d'une ordonnance de séquestre »,
- « requête pour une ordonnance de séquestre »,
- « requête présentée en vertu de l'article 43 *L.F.I.* »,
- « pétition de faillite »,
- « pétition en faillite »,
- « pétition en vue d'une ordonnance de séquestre »,
- « pétition pour mise en faillite ».

⁸⁴ Art. 110 *C.P.C.*

⁸⁵ Art. 752 *C.P.C.*

⁸⁶ Art. 762 *C.P.C.*

⁸⁷ Art. 453 *C.P.C.*

⁸⁸ Art. 834 *C.P.C.* et s.

⁸⁹ G. Brière, *Le nouveau droit des successions*, 2^e éd., coll. Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1997 aux pp. 81 et s.

⁹⁰ Nous les citons en vrac : *Bureau (syndic de)*, supra note 56; 2751-9818 *Québec inc. (Restaurant Le Campus) c. 2150-1069 Québec inc. (Carrefour La Pocatière)*, [1996] R.R.A. 1221 (C.S. Qué.); *Chronberg c. 9047-4586 Québec inc. (syndic)*, [1998] A.Q. n° 1625 (Q.L.); 2782375 *Canada inc. (Re)*, [1999] J.Q. n° 1505 (Q.L.); *Pétroles Irving inc. c. Dépanneur Danielle Comeau inc. (syndic)*, [1997] A.Q. n° 4682 (Q.L.); *Parent c. Bouchard*, [1988] R.L. 77 (C.A. Qué.); *Ultramar Canada inc. c. Québec (sous-ministre du Revenu)*, [1997] R.D.F.Q. 15 (C.A. Qué.); *Québec (Procureur général) (Re)*, [1997] A.Q. n° 4582 (Q.L.); *Musée des sciences naturelles de Québec Inc. (syndic) c. Banque de Montréal* (1998), 2 C.B.R. (4^e) 224 (C.A. Qué.); *Banque nationale du Canada c. Nilus Leclerc inc.*, [1997] A.Q. n° 4614 (Q.L.); *Gagnon c. Desrochers*, [1989] A.Q. n° 1664 (Q.L.); *Swiss Bank Corp. (Canada) c. 124298 Canada Inc.*, [1996] R.D.J. 531 (C.A. Qué.); *Walter Canada Inc. c. Banque nationale du Canada*, [1986] C.B.R. (NS) 144 (C.S. Qué.); 146236 *Canada Inc. (syndic) (Re)*, [1993] A.Q. n° 1221 (Q.L.); *Soeurs du Bon-Pasteur de Québec c. Marché Central Métropolitain inc. (syndic)*, [1999] R.J.Q. 18 (C.A.); *Textainer Equipment Management Ltd c. Compania Argentina de Navigacion Interocanica S.A.*, [1999] J.Q. n° 2627 (Q.L.); 2768721 *Canada Inc. c. Immeubles 1555 Provencher inc. (syndic)*, [1993] A.Q. n° 95 (Q.L.); *Renda c. Banque Canadienne Impériale de Commerce*, [2000] J.Q. n° 2723 (Q.L.); *Mont Écho Capital inc. c. Eichenberger*, [1998] A.Q. n° 3763 (Q.L.); *Tenneco Canada Inc. c. 167782 Canada Inc.*, [1992] A.Q. n° 1091 (Q.L.); *Réfrigération Mauvalin Ltée c. Société immobilière Bandwell Inc.*, [1990] R.J.Q. 2596 (C.A.).

On utilise souvent plusieurs de ces désignations dans la même décision et sous la plume du même juge. Toutefois, l'usage du terme « requête » est une désignation constamment utilisée. Ceci est une indication que ce terme ne rebute pas aux juges de tradition de droit civil. La doctrine emploie également le terme « requête » et les expressions « requête de mise en faillite » et « requête en faillite ».⁹¹ De fait, on peut établir quelques rapprochements entre la « pétition en faillite » et la requête de droit civil notamment :

- la forme de la procédure,⁹²
- l'attestation par un affidavit,⁹³
- la signification de la procédure et de l'affidavit,⁹⁴
- l'aspect expéditif de la procédure,
- le fait qu'elle soit expressément prévue par la loi.⁹⁵

On peut retenir de ce qui précède que l'usage de la « pétition en faillite » en contexte civiliste soulève un certain nombre de questions relativement à sa désignation terminologique. En revanche, la « pétition en faillite » ne semble pas constituer, *a priori*, une procédure autonome et semble même s'apparenter à la requête. Un moyen d'en savoir davantage est de pousser notre analyse sous l'angle du droit supplétif.

Le droit supplétif

La question fondamentale dans la problématique reliée à la désignation de la procédure de mise en faillite forcée est la détermination du droit supplétif. Cette question se pose malgré le caractère « complet » que l'on prête aux procédures prévues dans la L.F.I. En effet, le législateur lui-même reconnaît le caractère plutôt incomplet de ces dernières. La règle 3 des R.G.F.I. prévoit que « [d]ans les cas non prévus par la Loi ou les présentes règles, les tribunaux appliquent, dans les limites de leur compétence respective, leur procédure ordinaire dans la mesure où elle est compatible avec la Loi et les présentes règles ».

En quoi consiste cette « procédure ordinaire »? Au Québec, cela semble renvoyer aux moyens préliminaires prévus de façon générale au C.P.C., notamment lorsque le débiteur conteste la légalité extrinsèque de la requête.⁹⁶ On pourrait également se prévaloir des moyens dilatoires et d'irrecevabilité que prévoit le C.P.C.⁹⁷ Il pourrait y avoir d'autres exemples. Il est bon de rappeler qu'au Québec, l'article 763(2) du C.P.C. prévoit que :

⁹¹ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 aux pp. 111 et s.; J.-Y. Fortin et B. Boucher, *Insolvabilité commerciale et personnelle, aide mémoire*, 1^{re} éd., Montréal, Wilson et Lafleur, 1990 aux pp. 52 et s.

⁹² Selon le professeur Albert Bohémier, la « pétition en faillite » prend la forme d'une requête puisque tel est ce que prévoit la règle 11 des R.G.F.I. *Faillite et insolvabilité*, *ibid.* à la p. 173. M^e Bernard Boucher s'appuie à son tour sur la règle 11 des R.G.F.I. pour affirmer que les demandes introductives d'instance en matière de faillite devraient être faites au moyen d'une requête. B. Boucher, « La juridiction de la Cour de faillite : une perspective québécoise » (1994) 24 C.B.R. (3^e) 61 à la p. 66. La règle 11 des R.G.F.I. prévoit que « [s]ous réserve des autres dispositions des présentes règles, toute demande au tribunal se fait par requête ou par motion, à moins que celui-ci n'en ordonne autrement ». Voir aussi art. 762 C.P.C.

⁹³ Art. 763 C.P.C. et par. 43(3) L.F.I.

⁹⁴ Art. 764 C.P.C. et règle 70(1) R.G.F.I..

⁹⁵ Art. 110, 762 C.P.C. et par. 43(1) L.F.I.

⁹⁶ Art. 159 C.P.C. Voir règles 74-75 R.G.F.I.; *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 à la p. 199.

⁹⁷ Art. 165, 168 C.P.C. Voir *Faillite et insolvabilité*, *ibid.* à la p. 204.

« Sauf dans la mesure prévue par le présent Titre ou par d'autres dispositions du présent Code applicables aux demandes introduites par requête, ces demandes obéissent aux règles générales applicables à une demande introduite par une déclaration, notamment à celles relatives à la signification ou à la notification et à la désignation des parties et des biens, ou encore à l'administration de la preuve ».

Du côté des provinces de common law, une courte recherche démontre que les parties ont, de fait, recours à une panoplie de règles de procédure civile, tantôt d'application générale, tantôt d'application particulière, suppléant au silence de la *L.F.I.* Nous en citons quelques-unes :

- Demande en vue d'obtenir une ordonnance de cautionnement pour dépens.⁹⁸
- Demande en vue d'obtenir une ordonnance d'*interpleader*.⁹⁹
- Demande pour autorisation d'intervenir dans une pétition en vue d'une ordonnance de séquestre.¹⁰⁰
- Application des règles de procédure civile relatives aux offres de transaction.¹⁰¹
- Demande pour modifier la pétition en vue d'une ordonnance de séquestre.¹⁰²
- Demande pour ajouter les noms de trois autres créanciers à titre de pétitionnaires.¹⁰³
- Calcul des délais.¹⁰⁴
- Substitution de pétitionnaire et modification de la pétition pour ordonnance de séquestre.¹⁰⁵

Cela n'est pas surprenant puisque les *Règles de procédure civile* de l'Ontario, à titre d'illustration, comportent à la fois des règles d'application générale et des règles ne s'appliquant que dans certaines situations. Ainsi, on aura recours à la même règle pour présenter une « motion »/« *motion* » au cours d'une instance introduite par « déclaration/*statement of claim* » ou par « requête/*application* ». C'est le cas, notamment :

- des renvois, champ d'application et principes d'interprétation,¹⁰⁶
- de l'inobservation des règles,¹⁰⁷
- des questions relatives aux délais,¹⁰⁸
- des documents de procédure,¹⁰⁹
- de la jonction des demandes et parties,¹¹⁰

⁹⁸ *Règles de procédure civile*, supra note 77 r. 56; *Re Towers Marts & Properties Ltd.* (1968) 1 O.R. 605 (Ont. Bkcty).

⁹⁹ *Règles de procédure civile*, ibid. r. 43; *Re S & S International Transportation Services Ltd.*, [2000] O.J. n° 4106 (Q.L.).

¹⁰⁰ *Règles de procédure civile*, ibid. r. 13; *Re Ristimaki*, supra note 80 (demande refusée).

¹⁰¹ *Règles de procédure civile*, ibid. r. 49, *Baltman c. Coopers & Lybrand Ltd.* (1997), 47 C.B.R. (3^e) 121 (Ont. Bkcty).

¹⁰² *Langret Investements S.A. c. McDonnell* (1996), 40 C.B.R. (3^e) 44 (B.C.C.A.).

¹⁰³ *Re Dhillon* (1997), 49 C.B.R. (3^e) 24 (B.C.S.C.).

¹⁰⁴ *Re Murray* (1995), 35 C.B.R. (3^e) 264 (N.-B. Bkcty).

¹⁰⁵ *Re Big Bud Tractor of Canada*, [1980] A.J. n° 93 (Q.L.).

¹⁰⁶ *Règles de procédure civile*, supra note 77 r. 1.

¹⁰⁷ Ibid. r. 2.

¹⁰⁸ Ibid. r. 3.

¹⁰⁹ Ibid. r. 4.

¹¹⁰ Ibid. r. 5.

- de la réunion ou instruction simultanée des instances,¹¹¹
- des questions relatives aux parties incapables,¹¹²
- de la représentation par procureur,¹¹³
- de la signification de documents.¹¹⁴

En revanche, certaines règles de procédure civile ne s'appliquent qu'à certaines instances selon qu'il s'agit d'une action ou d'une requête. On note, par exemple, que les règles relatives à la procédure écrite dans l'action, les demandes reconventionnelles et entre défendeurs, ainsi que les règles relatives à la communication des documents ne s'appliquent qu'aux actions.

En terminant, nous pouvons constater que la désignation de la « pétition en faillite » par le terme « requête » ne semble pas poser de problème véritable dans un contexte de droit civil pas plus que le recours aux règles prévues au *C.P.C.* En ce qui concerne les provinces de *common law*, on peut se demander quelles conséquences pourrait avoir un simple changement de terminologie n'ayant pour objet de ne point changer le droit quant au fond.

D'autres questions procédurales soulèvent certaines questions conceptuelles. Nous avons retenu l'ordonnance de séquestre, la procédure de « litispandance » et celle d'« *interpleader* ».

L'ordonnance de séquestre

Une ordonnance de séquestre est rendue par un tribunal à la suite du dépôt d'une « pétition en faillite » — ou, comme on la désigne parfois, une « pétition en vue d'une ordonnance de séquestre » — suivi d'une audition où les créanciers font valoir que l'état d'insolvabilité du débiteur met leur créance en péril et où ce dernier peut faire valoir que la situation financière dans laquelle il se trouve ne mérite pas qu'on le dessaisisse de ses biens. Cette ordonnance consiste à mettre le débiteur en faillite et constitue, à l'égard de ce dernier, une demande de libération de dettes.¹¹⁵

L'ordonnance de séquestre est un mécanisme judiciaire que le législateur fédéral a emprunté au système britannique lorsqu'il a introduit la *Loi de faillite* de 1919. La loi de faillite anglaise prévoyait alors que l'ordonnance de séquestre conférait au séquestre officiel les pouvoirs d'un *receiver* sur les biens du débiteur dont celui de suspendre les recours des créanciers.¹¹⁶ Le débiteur n'était dessaisi de ses biens au profit du syndic que lorsqu'on le déclarait failli.¹¹⁷ C'est alors que le syndic était à son tour considéré comme *receiver* et qu'il entraînait en possession des biens du débiteur-failli. Il peut être utile de souligner que l'ordonnance de séquestre tel que le prévoit la *L.F.I.* n'opère pas un simple transfert du droit de possession ou de rétention des biens du failli, elle entraîne le dessaisissement de ce dernier.¹¹⁸

¹¹¹ *Ibid.* r. 6.

¹¹² *Ibid.* r. 7.

¹¹³ *Ibid.* r. 15.

¹¹⁴ *Ibid.* r. 16.

¹¹⁵ Par. 169(1) *L.F.I.*

¹¹⁶ *Loi de faillite anglaise de 1914*, *supra* note 21, par. 48(2). Voir A. Roper, *Ringwood's Principles of Bankruptcy*, 16^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1930 à la p. 62.

¹¹⁷ *Loi de faillite anglaise de 1914*, *ibid.* art. 14.

¹¹⁸ Par. 71(2) *L.F.I.*

L'ordonnance de séquestre étant d'origine étrangère au droit civil, son application pose un certain nombre de questions conceptuelles. Serait-il plus compréhensible pour les civilistes de parler de « déclaration de mise en faillite » ? Il y a là, également, des notions de responsabilité quant à l'administration des biens par le syndic. On peut se demander quel est le droit supplétif applicable. Il est bon de noter, à cet égard, que le séquestre du droit civil n'est qu'un dépositaire au sens du C.C.Q.¹¹⁹ Or, il semble que le recours à un « séquestre » soit une fiction juridique, vestige d'une vieille tradition britannique, décrivant le transfert des biens du failli entre les mains du syndic dont le rôle est, en soi, fort complexe, comme on le verra un peu plus loin.

La procédure de litispendance

En *common law*, lorsqu'un litige concerne un bien réel — un terrain, par exemple —, le demandeur est tenu d'enregistrer un certificat de *lis pendens* au registre foncier. Cette procédure a pour but d'aviser le public en général et les tiers de bonne foi en particulier qu'un litige concernant ce bien a lieu et que son dénouement pourrait affecter le titre portant sur lui.¹²⁰ En somme, le tiers acquéreur pourrait acheter ce bien mais il le ferait à ses « risques et périls ».¹²¹ Cette procédure fait partie intégrante du processus judiciaire en ce qu'elle assure l'intérêt public.

Le législateur a cru nécessaire d'inclure cette règle de droit commun dans son corpus législatif en matière de faillite. En effet, la règle 107 des R.G.F.I. prévoit que :

« Lorsqu'un terrain, ses dépendances ou tout droit s'y rattachant font l'objet d'un litige aux termes des articles 91 à 100 de la L.F.I., le registraire peut, sur dépôt auprès du tribunal d'une copie de la demande signée par le conseiller juridique du demandeur, délivrer un certificat de litispendance et, en cas de rejet partiel ou total de la demande, délivrer un certificat de rejet. »

L'inclusion de cette procédure dans le texte d'une loi d'application nationale a pour effet, encore une fois, d'introduire une règle appartenant à la tradition de *common law* dans un contexte civiliste. Bien qu'utilisée rarement, l'application de cette règle semble susciter certaines difficultés.¹²²

Il est bon de noter que le droit civil québécois connaît, depuis 1994, un mécanisme apparemment semblable. Il s'agit de la « préinscription » dont peut faire l'objet, au moyen d'un avis, toute demande en justice qui concerne un droit réel soumis à une inscription au registre des droits fonciers.¹²³ Cette procédure ne produit aucun effet immédiat. Elle est conditionnelle à une deuxième inscription qui aura lieu, éventuellement, lors de l'inscription du jugement.

Cette procédure se distingue toutefois de l'inscription de *lis pendens* sous trois aspects. D'abord, la préinscription est facultative. Il n'y a aucune obligation pour le demandeur de préinscrire ses droits au registre fonciers. Ensuite, la préinscription constitue, en quelque sorte, une réserve de priorité qui se trouvera confirmée par l'inscription du jugement. Dès lors, les droits de la partie demanderesse sur le bien immobilier prendront effet rétroactivement au jour de la préinscription, primant du coup les droits de quiconque les aurait inscrits à la suite de la préinscription. En

¹¹⁹ Art. 2305 C.C.Q.

¹²⁰ *Loi sur les tribunaux judiciaires*, supra note 77, art. 103; *Règles de procédure civile*, supra note 77, r. 42.

¹²¹ G. D. Watson et C. Perkins, *Holmsted and Watson : Ontario Civil Procedure*, vol. 3, Toronto, Carswell, 1984 aux pp. 42-1 et s.; P.G. Vogel, *Cohen Melnitzer's Civil Procedure in Practice*, Toronto, Carswell, 1989 à la p. 6-39.

¹²² Voir les observations du juge Brossard de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Langevin c. Weinberg Bros Inc.*, [1971] C.A.122 à la p. 127.

¹²³ Art. 2966 C.C.Q.

comparaison, l'inscription du certificat de *lis pendens*, qui ne bénéficie à aucune partie, ne sert qu'à aviser les tiers de bonne foi qu'un litige portant sur le bien est en cours et risque de modifier la qualité du titre. Enfin, la préinscription ne fait pas partie intégrante du processus judiciaire en droit québécois. Il s'agit d'une procédure disponible, sans plus, au bénéfice de la partie demanderesse.

Le nom que porte la procédure dite de « litispendance » peut, de plus, engendrer une certaine confusion dans l'esprit du civiliste. En effet, il existe, à l'article 165 du C.P.C. une procédure qui permet, lorsqu'il y a « litispendance », d'opposer un moyen d'irrecevabilité. Il s'agit de la situation où deux litiges portant sur les mêmes faits et concernant les mêmes parties sont introduits dans deux juridictions distinctes. L'opposition visera alors à faire rejeter l'une des deux demandes. Il s'agit, bien entendu, d'une procédure tout à fait différente.

La procédure d'« interpleader »

L'« *interpleader* » est une procédure d'*equity* permettant de déterminer les intérêts d'individus sur un bien détenu par une tierce personne.¹²⁴ La L.F.I. emploie le concept d'« *interpleader* ». Elle prévoit ainsi qu'une « opposition/*interpleader* » formulée à l'encontre de la saisie des biens d'un débiteur suspend le délai servant aux fins de l'alinéa 42(1)e) de la L.F.I. pour déterminer si un débiteur a commis ou non un acte de faillite.

Si l'intention du législateur fédéral est de rendre la L.F.I. applicable d'un bout à l'autre du Canada de la même manière pour tous les créanciers, pourquoi fait-il un renvoi à une procédure appartenant à une tradition étrangère au droit civil? Comment, au Québec, comprendre et appliquer cette procédure fondée sur les principes de l'*equity law*? Serait-il approprié, pour les fins de l'auditoire de droit civil, de faire référence à l'« opposition à la saisie-exécution » qui peut être formée par un tiers à la condition qu'il ait le droit de revendiquer un bien saisi?¹²⁵ Nous réfléchissons à ces questions.

2.4. L'application de la partie XI

La partie XI de la L.F.I. présente une problématique pertinente en regard de l'harmonisation de la loi avec le droit civil québécois en ce qui concerne l'identification du « séquestre/*receiver* », le préavis que le créancier garanti doit faire parvenir au débiteur avant de réaliser ses droits, et les obligations imposées au séquestre dans l'administration des biens du failli.

Identification du « séquestre »

Depuis 1992, la L.F.I. comporte, en sa partie XI, des dispositions encadrant l'exercice des recours des créanciers garantis. Ces dispositions imposent à ces derniers des obligations d'honnêteté dans l'administration et la liquidation des biens du débiteur.¹²⁶ Toutefois, ces règles ne trouvent application que lorsqu'un « séquestre/*receiver* » prend possession des biens du débiteur afin de les administrer. Le législateur fédéral définit au paragraphe 243(2) de la L.F.I. ce qu'est un « séquestre/*receiver* » au sens de la partie XI. On y lit :

¹²⁴ J. R. Nolan et al., *Black's Law Dictionary*, 6^e éd., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990 à la p. 817.

¹²⁵ Art. 597 C.P.C.

¹²⁶ Art. 246, 247 L.F.I.

« Dans la présente partie, mais sous réserve du paragraphe (3), "séquestre" s'entend de toute personne qui, aux termes d'un contrat — appelé "contrat de garantie" dans la présente partie — créant une garantie sur des biens, ou aux termes d'une ordonnance rendue par le tribunal sous le régime de toute règle de droit prévoyant ou autorisant la nomination d'un séquestre ou d'un séquestre-gérant, est habilitée nommément à prendre — ou a pris — possession ou contrôle de la totalité ou de la quasi-totalité du stock, des comptes recevables ou des autres biens d'une personne insolvable ou d'un failli acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires. »

Deux éléments fondamentaux se dégagent de cette définition. Premièrement, le « séquestre/receiver » visé est celui qui prend possession des biens du débiteur insolvable. Deuxièmement, le « séquestre/receiver » doit, afin d'effectuer la prise de possession, être habilité en ce sens en vertu d'une ordonnance ou d'un contrat de garantie. Le libellé de la définition est toutefois rédigé de façon ambiguë et permet deux interprétations contradictoires.

Selon une interprétation large, les mots « toute personne qui (...) est habilitée nommément à prendre [possession des biens] », d'une part, et « ou a pris », d'autre part, présentent une alternative conceptuelle : le « séquestre/receiver » traditionnellement reconnu et ce qui serait une nouvelle conception de « séquestre/receiver ». Ainsi, le « séquestre/receiver » visé par cette définition peut être celui qui est traditionnellement habilité par un contrat de garantie ou une ordonnance mais il pourrait aussi être un créancier qui prend possession des biens faisant l'objet d'un contrat de garantie afin de les réaliser sans y être expressément habilité.

Selon une interprétation stricte, au contraire, le paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* ne renvoie qu'au « séquestre/receiver » traditionnellement reconnu. Il en découle que le « séquestre/receiver » visé par cette définition est celui qui prend possession des biens du débiteur insolvable conformément au libellé d'un contrat de garantie ou de l'ordonnance d'un tribunal.

Ce sont ces arguments que l'on a présentés devant le juge Baynton du tribunal de première instance de Saskatchewan. Le juge Baynton a d'abord reconnu le bien-fondé des deux interprétations mais a ensuite tranché en faveur de l'interprétation stricte. Il a toutefois ajouté, en tenant compte des fins poursuivies par la partie XI de la *L.F.I.*, qu'un créancier garanti pourrait être un « séquestre/receiver » tel que défini au paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* à condition qu'il soit nommément habilité aux termes d'un contrat de garantie ou d'une ordonnance à prendre possession des biens de son débiteur.¹²⁷

Appliquées au Québec, ces conclusions signifieraient que le paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* ne peut trouver application à la situation des créanciers hypothécaires. Selon l'argument défendu par M^e Alain Riendeau, le fondement juridique permettant aux créanciers hypothécaires d'exercer leurs droits en cas de défaut du débiteur ne se trouve pas dans un contrat ou une ordonnance du tribunal mais bien dans le *C.C.Q.*¹²⁸ Le professeur Jacques Deslauriers est toutefois moins catégorique et affirme qu'« [o]n ne s'entend pas, du moins dans la province de Québec, pour identifier les sûretés dont l'exécution met en œuvre les règles du séquestre de la partie XI ».¹²⁹

¹²⁷ *Farm Credit Corporation c. Corriveau* (1993), 20 C.B.R. (3^e) 124 (Sask. Q.B.).

¹²⁸ A. Riendeau, « L'insolvabilité et l'exécution des garanties », Conférence de la faculté de droit de l'Université McGill, Montréal, 29-30 mars 1996 à la p. 24 [ci-après « L'exécution des garanties »].

¹²⁹ « Conférence sur le projet de loi S-22 », *supra* note 36 à la p. 15.

En fait, il semble que le mode de réalisation de garanties visé par la définition du paragraphe 243(2) de la *L.F.I.* était, au Québec, la prise de possession d'une entreprise aux termes d'un acte de fiducie en vue de liquider les inventaires, les comptes recevables et les biens du débiteur. En effet, la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations* permettait de créer un acte de fiducie en faveur de créanciers-obligataires aux termes duquel le fiduciaire de ces derniers pouvait entrer en possession des biens du débiteur-émetteur, les administrer et les liquider advenant le défaut de celui-ci.¹³⁰ Or, la disparition de cet acte de fiducie, avec la réforme du Code civil, peut donner l'impression que la partie XI de la *L.F.I.* est lettre morte au Québec.¹³¹

Il faut toutefois apporter des nuances à cette affirmation car il existe au Québec des créanciers dont les sûretés sont prévues dans d'autres textes que le *C.C.Q.* et dont la réalisation peut se faire par l'intervention d'un « séquestre/receiver ». Par exemple, on peut penser au contrat de garantie qu'une banque pourrait conclure avec son client lequel contrat pourrait prévoir la prise de possession des inventaires de ce dernier. Comme l'affirmait le juge Gonthier de la Cour suprême du Canada à l'occasion de l'affaire *Atomic Slipper*, « [i]l n'y a donc rien qui empêche une banque de prendre possession des biens si elle a acquis ce droit par convention et que le débiteur ne s'y oppose pas. En tel cas, elle n'a pas à rechercher une autorisation judiciaire afin de procéder à la réalisation de sa garantie ». ¹³²

Advenant l'insolvabilité du client, la partie XI de la *L.F.I.* trouverait probablement application. Le « séquestre/receiver » de la banque devrait, en principe, être redevable des obligations prévues aux articles 246 et 247 de la *L.F.I.* En outre, il devrait administrer les biens « en toute honnêteté et de bonne foi » et selon « les pratiques commerciales raisonnables ». De plus, il devrait produire des rapports décrivant l'exercice de ses fonctions à l'égard des biens.

Or, comme l'affirme M^e Riendeau, les dispositions du *C.C.Q.* concernant l'administration du bien d'autrui poursuivent des fins analogues.¹³³ Et, comme le rappelle le professeur Jacques Deslauriers, « [...] les législateurs ont eu en 1992 et 1994 des objectifs et des motivations semblables. Cependant, alors qu'autrefois d'aucuns affirmaient être assujettis à la loi de la jungle face à certains de leurs créanciers, maintenant, nous nageons dans une multitude de systèmes d'avis et de contrôle [...] » ¹³⁴

On peut alors se demander si le législateur aura l'intention de s'arrimer au droit privé de la province de Québec. Dans l'affirmative, on peut imaginer l'utilité d'assujettir le « séquestre/receiver » prenant possession des biens du débiteur insolvable au nom d'une banque aux règles du *C.C.Q.* sur l'administration du bien d'autrui.

¹³⁰ L.R.Q. c. P-16, art. 27 et s. Ces articles ont été modifiés par la *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, supra note 39, art. 642 et s. Avant ces modifications, il fallait que l'autorisation de prendre possession des biens du débiteur en cas de défaut de celui-ci soit expressément prévue à l'*Acte de fiducie*. L. Lévesque, *L'Acte de fiducie*, coll. Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 1991 aux pp. 28 et s. Cette prise de possession ne transférerait pas le droit de propriété lequel demeurerait entre les mains du débiteur. *Liberté c. Larue*, [1931] R.C.S. 7. Détail intéressant : on a affirmé que le fiduciaire pouvait agir directement sans devoir nommer un « receiver ». Y. Caron, « De l'action réciproque du droit civil et de common law dans le droit des compagnies de la province de Québec » dans J.S. Ziegel, *Studies in Canadian Company Law*, Toronto, Butterworths, 1967 à la p. 141. Voir aussi P. Ciotola, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 251 et s.

¹³¹ « L'exécution des garanties », supra note 128.

¹³² *Atomic Slipper Co. c. Banque nationale du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 1059 à la p. 1081.

¹³³ « L'exécution des garanties », supra note 128 aux pp. 28 et s.

¹³⁴ « Conférence sur le projet de loi S-22 », supra note 36 à la p. 15.

Le préavis

Le paragraphe 244(1) de la *L.F.I.* impose à tous les créanciers garantis l'obligation de faire parvenir un préavis au débiteur insolvable avant de mettre leur garantie à exécution.¹³⁵ En particulier, le créancier garanti ne peut mettre à exécution sa garantie avant l'expiration d'un délai de dix jours. De son côté, toutefois, le *C.C.Q.* prévoit le délaissement immédiat des biens du débiteur lorsque ces derniers risquent de déperir ou lorsqu'il est à craindre que la créance ne soit mise en péril.¹³⁶ Il y aurait, à première vue, incompatibilité entre cette possibilité d'obtenir le délaissement immédiat des biens du débiteur et l'obligation d'émettre un préavis de 10 jours en vertu du paragraphe 244(1) de la *L.F.I.* Ce dernier devrait avoir préséance. On peut toutefois réfléchir sur l'opportunité d'harmoniser ces dispositions.

2.5. La faillite des sociétés et des fiducies québécoises

Les récents changements apportés à la fiducie de droit civil et l'introduction du patrimoine d'affectation autonome soulèvent la question de savoir quelles sont les règles applicables lorsque ce patrimoine est plongé dans une situation d'insolvabilité. La même question se pose, par ailleurs, à l'égard des sociétés.

La faillite des sociétés

L'assujettissement au régime de la faillite prévu par la *L.F.I.* suppose la présence d'un débiteur insolvable, d'un failli, à tout le moins d'une entité ayant la personnalité juridique.¹³⁷ Or, elle assimile « les sociétés de personnes » à des « personnes ».¹³⁸

En droit québécois, une société peut prendre quatre formes : elle peut se constituer en nom collectif, en commandite, en participation ou par actions.¹³⁹ Dans ce dernier cas, on parle de « personne morale ».¹⁴⁰ Or, la personne morale a une personnalité juridique distincte.¹⁴¹

¹³⁵ On a reconnu que le préavis de 60 jours prévu aux articles 2757 et 2758 *C.C.Q.* équivaut, quant à son but et à son esprit, à celui exigé au paragraphe 244(1) de la *L.F.I.* L'envoi du préavis de 60 jours libère par conséquent le créancier de son obligation d'envoyer le préavis du paragraphe 244(1) de la *L.F.I.* *Société en fiducie de la Banque de Hongkong c. Développements sociaux du Sud-ouest*, [1996] R.D.I. 331 (C.S. Qué.).

¹³⁶ Art. 2767(1) *C.C.Q.*

¹³⁷ La *L.F.I.* définit « failli », au paragraphe 2(1), comme suit :

« [p]ersonne qui a fait une cession ou contre laquelle a été émise une ordonnance de séquestre. Peut aussi s'entendre de la situation juridique d'une telle personne ».

Elle définit « personne insolvable », au paragraphe 2(1), comme suit :

« [p]ersonne qui n'est pas en faillite et qui réside au Canada ou y exerce ses activités ou qui a des biens au Canada, dont les obligations, constituant à l'égard de ses créanciers des réclamations prouvables aux termes de la présente loi, s'élèvent à mille dollars et, selon le cas :

a) qui, pour une raison quelconque, est incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance;
b) qui a cessé d'acquitter ses obligations courantes dans le cours ordinaire des affaires au fur et à mesure de leur échéance;
c) dont la totalité des biens n'est pas suffisante, d'après une juste estimation, ou ne suffirait pas, s'il en était disposé lors d'une vente bien conduite par autorité de justice, pour permettre l'acquittement de toutes ses obligations échues ou à échoir. »

¹³⁸ Pour les fins de son application, en vertu du paragraphe 2(1) sont des « personnes » :

« a) les sociétés de personnes, associations non constituées en personne morale, personnes morales, sociétés ou organisations coopératives et leurs successeurs;

b) les héritiers, liquidateurs de succession, exécuteurs testamentaires et administrateurs et autres représentants légaux de toute personne, conformément à la loi applicable en l'espèce. »

¹³⁹ Art. 2188 *C.C.Q.*

¹⁴⁰ Art. 2188(2) *C.C.Q.*

¹⁴¹ Art. 298 *C.C.Q.*

Le code est moins limpide en ce qui concerne les autres sociétés. On peut relever certains indices, toutefois, qui tendent à démontrer que la société en nom collectif peut posséder certains attributs de la personnalité juridique.¹⁴² Par exemple, l'article 2198 du C.C.Q., qui traite des sociétés en nom collectif, prévoit que « [l']associé est débiteur envers la société de tout ce qu'il promet d'y apporter ». Selon l'article 2225 du C.C.Q., une société en nom collectif peut ester en justice, en demande comme en défense. L'article 2199 du C.C.Q. est un peu plus explicite :

« L'apport de biens est réalisé par le transfert des droits de propriété ou de jouissance et par la mise des biens à la disposition de la société. [...] L'apport en jouissance de biens normalement appelés à être renouvelés pendant la durée de la société transfère la propriété des biens à la société, à la charge, pour celle-ci, d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur » [soulignements ajoutés] ».

Une entité juridique qui peut détenir une créance, qui peut ester en justice et à qui l'on peut transférer la propriété sur des biens ressemble bien à une entité dotée de la personnalité juridique. On peut soutenir la même affirmation en ce qui concerne les sociétés en commandite. En effet, selon l'article 2241 du C.C.Q. :

« Pendant la durée de la société, le commanditaire ne peut, de quelque manière, retirer une partie de son apport en biens au fonds commun, à moins d'obtenir le consentement de la majorité des autres associés et que suffisamment de biens subsistent, après ce retrait, pour acquitter les dettes de la société » [soulignements ajoutés].

Si une société en commandite a des dettes, ne pourrait-on pas affirmer qu'elle possède un patrimoine et qu'elle peut devenir insolvable? D'autant plus que les règles relatives à la société en nom collectif sont applicables à la société en commandite.¹⁴³ Toutefois, selon les commentaires du ministre de la Justice du Québec, bien que la doctrine et la jurisprudence :

« [...] ont maintes fois reconnu l'existence d'une certaine personnalité juridique aux sociétés, particulièrement à l'égard des sociétés commerciales, en nom collectif ou en commandite », on n'a « jamais considéré cette personnalité aussi complète que celle qui est attribuée aux compagnies, par exemple ».¹⁴⁴

L'attribution de la personnalité juridique aux sociétés, toujours selon les commentaires du ministre de la Justice, ne comporterait pas d'avantages réels particuliers et risquerait de créer une disparité de traitement par rapport aux sociétés constituées partout ailleurs en Amérique du Nord, lesquelles ne sont pas dotées de la personnalité juridique.¹⁴⁵ Plus particulièrement, elle se distinguerait de la situation qui prévaut dans les autres provinces canadiennes.¹⁴⁶

¹⁴² De leur côté, il semble que les sociétés en participation soient dépourvues de personnalité juridique. En effet, comme le souligne le professeur Yves Lauson, la société en participation ne peut jouir de la personnalité civile puisque chaque employé demeure propriétaire des biens constituant son apport social. Y. Lauson, « Du contrat de société et d'association » dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 2, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 955 aux pp. 960 et s. Voir aussi c. Bouchard, « Le dynamisme nouveau de la notion de société : l'autonomie patrimoniale hors du cadre de la personnalité morale », dans *Les sociétés, les fiducies et les entités hybrides en droit commercial contemporain : Conférences commémoratives Meredith 1997*, Montréal, Faculté de droit, Université McGill, 1997, 17 aux pp. 24 et s [ci-après « Le dynamisme nouveau de la notion de société »].

¹⁴³ Art. 2249 C.C.Q.

¹⁴⁴ Commentaires du Ministre, *supra* note 82 aux pp. 1378-1379.

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ *Huffman c. Ross*, [1926] R.C.S. 5; *Re Gillepsi* (1913), 3 W.W.R. 791 (Man. K.B.); *Re Thorne and New Brunswick Workmen's Compensation Board* (1961), 48 M.P.R. 56 (N.-B. C.A.).

Dans un récent arrêt portant sur le droit des sociétés, le juge Brossard de la Cour d'appel du Québec déclarait ceci :

« Au Québec, la tendance majoritaire, tant en doctrine qu'en jurisprudence, fut jusqu'ici de reconnaître à la société un patrimoine distinct et la personnalité morale, quoiqu'on ait parfois qualifié cette dernière d'incomplète.[...] Or, le droit de propriété est un attribut d'une personne et ne peut donc exister qu'en faveur d'une personne physique ou morale. Mon argumentation est à l'effet que la société n'a pas de personnalité juridique distincte de celle des personnes qui la composent et que, par voie de conséquence, elle ne peut avoir un patrimoine distinct de celui de ses associés. [...] ce qu'il importe de considérer dans le cas de la société est que tous ses actes administratifs ou juridiques (signer des contrats, gérer des biens, posséder des biens), qui paraissent souvent posés en son nom propre, ne le sont qu'en sa qualité de mandataire des associés et en fonction des ententes spécifiques intervenues entre ces derniers [...] Je ne crois pas que le code québécois accorde implicitement la personnalité aux sociétés. Au contraire, il me semble que ses dispositions confirment plutôt l'absence de personnalité de la société et son incapacité à détenir des biens ».¹⁴⁷

Pour la professeure Charlaïne Bouchard, cette interprétation semble bien restrictive compte tenu des attributs que le législateur québécois reconnaît aux sociétés depuis 1994.¹⁴⁸ Selon elle, on devrait considérer la société en nom collectif et la société en commandite comme étant titulaires d'un patrimoine d'affectation autonome, un peu à la façon des fiducies.¹⁴⁹ Cette qualification serait-elle suffisante pour permettre à ces sociétés de faire faillite? Le professeur Albert Bohémier rappelle la position de la jurisprudence et de la doctrine à ce sujet :

« Pour les fins de la *Loi sur la faillite*, la doctrine et la jurisprudence refusent de reconnaître la qualité de personne à la société. Celle-ci ne peut être constituée en état de faillite que par la faillite de tous les associés. Toutes les procédures en matière de faillite doivent être prises par ou contre les associés eux-mêmes et jamais par ou contre la société elle-même ».¹⁵⁰

Il est bon de rappeler que le statut de personne a été reconnu aux associations non constituées en corporation et que, partant, celles-ci peuvent faire faillite.¹⁵¹ Or, si les associations non constituées en corporation peuvent faire faillite, pourquoi devrait-il en être autrement pour les sociétés? Le fait que la *L.F.I.* prévoit expressément des règles concernant la mise en faillite des associés d'une société de personnes doit-il être nécessairement interprété comme ayant pour but d'enlever le droit de poursuivre la société comme telle?¹⁵²

¹⁴⁷ *Québec (Ville de) c. Compagnie d'immeubles Allard Ltée*, [1996] R.J.Q. 1566 aux pp. 1573, 1575, 1579 et 1581 (C.A.).

¹⁴⁸ La professeure Bouchard écrit :

« [...] contrairement à la position de la jurisprudence récente, les sociétés bénéficient d'un patrimoine d'affectation autonome et de plusieurs attributs juridiques. En fait, qu'il s'agisse de la personnalité morale ou d'un patrimoine d'affectation, les conséquences externes sont semblables : les sociétés en nom collectif et en commandite ont un nom, un domicile, peuvent agir en justice sous ce nom, et elles ont la capacité juridique pour acquérir et vendre leurs biens sous leur propre nom, et cela indépendamment d'un changement d'associés ».

« Le dynamisme nouveau de la notion de société », *supra* note 142 aux pp. 60-61. Voir les articles 2189, 2197, 2225 C.C.Q.; *Loi sur la publicité légale des entreprises individuelles, des sociétés et des personnes morales*, L.R.Q. c. P-45, art. 10, 13, 18.

¹⁴⁹ C. Bouchard, « Le fondement du patrimoine autonome des sociétés de personnes » (1996) 2 C.P. du N. 33. Actuellement, le C.C.Q. reconnaît la constitution d'un patrimoine d'affectation dans le cadre de la fondation et de la fiducie. Voir art. 1256 C.C.Q. et s.

¹⁵⁰ *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 21 à la p. 141. Voir aussi *Re Noble & Son* (1924-25), 5 C.B.R. 147 (Ont. S.C.); *Re Walkeam; Ex Parte Walkeam* (1924-25), 5 C.B.R. 821 (Ont. S.C.); L.-J. de la Durantaye, *Traité de la faillite en la province de Québec*, Montréal, Chez l'auteur, 1934, p. 80; L. W. Houlden « Comment » (1954) 33 C.B.R. 200.

¹⁵¹ *Argus Adjusters and Appraisers Ltd. c. Assistance Loan and Finance Corporation*, [1964] B.R. 375 [ci-après *Argus Adjusters*].

¹⁵² Art. 43(15), 43(16), 85, 142 et 153 L.F.I.

Nous pourrions ajouter que la règle 109 des R.G.F.I. semble prévoir expressément le cas où une société de personnes fait l'objet d'une ordonnance de séquestre.¹⁵³ Et que le C.C.Q. y fait également allusion.¹⁵⁴ Nous pourrions aussi réfléchir aux propos que tenait le professeur Albert Bohémier :

« Parce que la loi le prévoit, parce qu'elle reconnaît le statut de personne à une société, nous croyons qu'une société peut être mise en faillite au même titre qu'une succession, que les exécuteurs testamentaires ou qu'une association non constituée en corporation ».¹⁵⁵

Comme la question de l'attribution de la personnalité juridique aux sociétés semble toujours ouverte, celle de la mise en faillite de celle-ci l'est tout autant. Elle prend une toute autre dimension, toutefois, lorsqu'elle se pose au niveau du législateur fédéral dans une loi, comme la L.F.I., qui entretient des liens étroits avec le droit civil québécois mais aussi avec le droit privé des autres provinces canadiennes et qui a pour objectif de traiter tous les créanciers sur le même pied.

Faillite des fiducies québécoises

Depuis la réforme du Code civil en 1994, les fiducies constituent des patrimoines d'affectation autonomes et réunissent un bien ou un certain nombre de biens.¹⁵⁶ Étant affectés de façon autonome, ces biens ne sont reliés à aucun titulaire. Ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire ne possède à leurs égards de droit de propriété.¹⁵⁷ Le fiduciaire, lui-même, n'a que la maîtrise des biens qui ont été transférés dans le patrimoine.¹⁵⁸ Il découle de ceci que la faillite de l'un de ces personnages ne peut entraîner le transfert entre les mains du syndic des biens qui font l'objet de la fiducie. L'alinéa 67(1)a) de la L.F.I. est probablement, à cet égard, inapplicable.¹⁵⁹

Il est bon de noter que les fonctions du fiduciaire à titre d'administrateur du bien d'autrui cessent au moment où ce dernier ou le bénéficiaire devient failli.¹⁶⁰ Aussi, selon le professeur Albert Bohémier, on pourrait toujours trouver appui sur l'alinéa 67(1)d) de la L.F.I. pour affirmer que les « pouvoirs » qu'exerçait le fiduciaire sur les biens faisant l'objet du patrimoine d'affectation sont dévolus au syndic.¹⁶¹

La question de la faillite de la fiducie, elle-même, mérite d'être soulevée. On pourrait, ainsi, se demander si l'introduction de la notion de « patrimoine d'affectation autonome » dans le droit

¹⁵³ La règle 109 des R.G.F.I. prévoit que :

« [e]n cas de faillite d'une société de personnes, les créanciers de la société et de chacun des associés faillis sont convoqués collectivement à la première assemblée des créanciers » (soulignement ajouté).

¹⁵⁴ Art. 2248 C.C.Q. Selon les commentaires du ministre de la Justice, cet article s'applique « en cas de faillite ou d'insolvabilité de celle-ci », soit la société en commandite. *Commentaires du Ministre*, supra note 82 à la p. 1417.

¹⁵⁵ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 à la p. 142. Voir *Argus Adjusters*, supra note 151.

¹⁵⁶ Art. 1260 C.C.Q. et s.

¹⁵⁷ Art. 1261 C.C.Q.

¹⁵⁸ Art. 1278 C.C.Q.

¹⁵⁹ L'alinéa 67(1)a) de la L.F.I. précise, par ailleurs, que les biens détenus par le failli en fiducie pour le bénéfice d'un tiers sont exclus des biens dévolus au syndic. Voir « Recherche de bijuridisme », supra note 33 à la p. 881.

¹⁶⁰ Art. 1355 C.C.Q.

¹⁶¹ « Recherche de bijuridisme », supra note 33 à la p. 882. L'alinéa 67(1)d) de la L.F.I. prévoit que :

« Les biens d'un failli, constituant le patrimoine attribué à ses créanciers, [...] comprennent : [...] »

d) les pouvoirs sur des biens ou à leur égard, qui auraient pu être exercés par le failli pour son propre bénéfice. »

Toutefois, les mots « pour son propre bénéfice » semblent restreindre l'application de cette disposition à une situation ne s'apparentant pas à la fiducie québécoise.

commun québécois n'a pas eu pour effet de créer une entité juridique proche de la personne morale. De là à affirmer que ce patrimoine d'affectation sans maître, tel un chevalier sans tête, dispose de la personnalité juridique, il n'y a qu'un pas que nous ne sommes pas encore en mesure de franchir.

2.6. Rôles du syndic

La L.F.I. traite du syndic dans une partie de la loi consacrée aux « fonctionnaires administratifs ». À ce titre, le syndic est considéré comme un officier de la Cour.¹⁶² Mais le statut que lui confère la L.F.I. est beaucoup plus complexe. En fait, le professeur Albert Bohémier écrit au sujet de la qualification du titre du syndic qu'il s'agit d'un des sujets les plus difficiles du droit de la faillite.¹⁶³ Nous nous limiterons, par conséquent, à aborder les problématiques que présentent les différents rôles que le syndic est appelé à jouer selon la L.F.I. soit : « fiduciaire/trustee », cessionnaire, administrateur du bien d'autrui, « séquestre/receiver » et propriétaire.

Fiduciaire/trustee

L'article 15.1 de la L.F.I. prévoit spécifiquement que « le syndic est un fiduciaire au sens du *Code criminel* ». Cette désignation vise, selon nous, à permettre l'application à l'encontre du syndic de certaines dispositions du *Code criminel* concernant les obligations fiduciaires. Or, le *Code criminel* définit le « fiduciaire » en faisant un renvoi au droit privé des provinces. Au Québec, ceci permettrait de prétendre que les dispositions du C.C.Q. en matière de fiducie — et, par renvoi, les dispositions concernant l'administrateur du bien d'autrui — s'appliquent au syndic. Or, il serait douteux que les biens du débiteur, au moment de la faillite, soient transférés dans un patrimoine d'affectation autonome sans maître. En effet, comme le rappelle la professeure Madeleine Cantin Cumyn, « [l]e failli, quoique privé de la capacité d'exercice, conserve le titre jusqu'au moment où les biens sont vendus par le syndic »¹⁶⁴

En fait, pour traduire le plus fidèlement possible l'intention du législateur, on devrait peut-être lire « pour les fins de l'application du *Code criminel*, le syndic est considéré comme un fiduciaire ». On peut se demander toutefois s'il n'y a pas lieu de profiter de cette problématique pour revoir la désignation du syndic dans la L.F.I.

Cessionnaire

Lorsque le débiteur fait une cession de ses biens au syndic, ce dernier est alors investi de la saisine des biens dont le débiteur-cédant était réellement propriétaire, de ce qui constituait le gage commun des créanciers.¹⁶⁵ Au terme d'une analyse portant précisément sur la qualification du syndic, M^e Michel Deschamps concluait que le syndic peut être considéré davantage comme un

¹⁶² *Re Roy* (1963), 4 C.B.R. (NS) 275 (C.S. Qué.); *Touche Ross Limited c. Weldwood of Canada Sales Limited* (1983), 48 C.B.R. (NS) 83 (Ont. H.C.J.).

¹⁶³ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 à la p. 714.

¹⁶⁴ M. Cantin Cumyn, *L'administration du bien d'autrui*, Cowansville, Yvon Blais, 2000 à la p. 112. Le juge Jean Guibault de la Cour supérieure du Québec semblait être de cet avis lorsqu'il a affirmé, à l'occasion de l'affaire *Auger c. Harvey*, qu'un débiteur ne perd pas la propriété de ses biens en faisant faillite et que le transfert des biens de ce dernier entre les mains du syndic n'emporte pas transfert de propriété pour autant. *Auger c. Harvey*, [2000] R.J.Q. 2075 à la p. 2078 (C.S.).

¹⁶⁵ *Re Civano Construction Inc., Gingras c. Credit M.G. Inc.* (1962) 3 C.B.R. (NS) 141 à la p. 146 (C.S. Qué.); *Banque de Nouvelle-Écosse c. Perras, Fafard*, [1985] C.A. 21.

cessionnaire qu'un successeur du débiteur ou un représentant des créanciers.¹⁶⁶ Selon le professeur Albert Bohémier, toutefois, le titre de syndic se prête mal à une qualification unique.¹⁶⁷ De son côté, la professeure Madeleine Cantin Cumyn affirme, avec vigueur, qu'en regard du rôle qu'est appelé à jouer le syndic « la qualité de "cessionnaire" est une solution fantaisiste et excessive ».¹⁶⁸ Selon elle, « [l]orsque la législation sur la faillite entraîne l'application du droit privé du Québec, le syndic ne peut recevoir qu'une seule désignation, soit celle d'administrateur du bien d'autrui ».¹⁶⁹ C'est la notion que nous verrons maintenant.

Administrateur du bien d'autrui

On peut noter un certain nombre de dissemblances entre les pouvoirs exercés par le syndic et les obligations assumées par l'administrateur du bien d'autrui. L'administrateur du bien d'autrui assume la simple ou la pleine administration d'un bien ou d'un patrimoine qui n'est pas le sien.¹⁷⁰ La simple administration se limite à poser tous les actes nécessaires à la conservation du bien,¹⁷¹ à percevoir les fruits et les revenus,¹⁷² à exercer les droits de vote attachés aux valeurs mobilières en sa possession¹⁷³ et à continuer l'exploitation du bien.¹⁷⁴ La pleine administration impose l'obligation de conserver et de faire fructifier le bien, accroître le patrimoine ou en réaliser l'affectation.¹⁷⁵ L'administrateur peut alors aliéner le bien à titre onéreux ou le grever d'un droit réel.¹⁷⁶

Le syndic, avant de procéder à l'administration des biens du débiteur, doit obtenir une licence délivrée par le bureau du surintendant.¹⁷⁷ Par la suite, le syndic doit verser un cautionnement afin de couvrir la valeur de l'actif.¹⁷⁸ Une fois les biens du débiteur transférés entre les mains du syndic,¹⁷⁹ ce dernier reçoit de la L.F.I. les pouvoirs d'administrer et de vendre les biens du débiteur sous la surveillance d'inspecteurs et non ceux de faire fructifier l'actif.¹⁸⁰ En tout temps, le surintendant peut

¹⁶⁶ J.-M. Deschamps, « Le syndic : un successeur du débiteur? Un cessionnaire? Un représentant des créanciers? », dans *Les faillites : Problèmes actuels et perspectives d'avenir : Conférences commémoratives Meredith 1985*, Toronto, R. De Boo Publishers, 1986, 245 à la p. 264.

¹⁶⁷ *Faillite et insolvabilité*, supra note 21 à la p. 718.

¹⁶⁸ *L'administration du bien d'autrui*, supra note 164 à la p. 111.

¹⁶⁹ *Ibid.* Il faut préciser que, contrairement à M^e Deschamps et au professeur Bohémier, la professeure Cantin Cumyn a l'avantage de traiter de cette question dans l'environnement conceptuel du C.C.Q.

¹⁷⁰ Art. 1299 C.C.Q.

¹⁷¹ Art. 1301 C.C.Q.

¹⁷² Art. 1302 C.C.Q.

¹⁷³ Art. 1302 C.C.Q.

¹⁷⁴ Art. 1303 C.C.Q.

¹⁷⁵ Art. 1306 C.C.Q.

¹⁷⁶ Art. 1307 C.C.Q.

¹⁷⁷ Art. 13 L.F.I.

¹⁷⁸ Par. 16(1) L.F.I.

¹⁷⁹ Par. 71(2) L.F.I.

¹⁸⁰ Art. 30 L.F.I. La liste des pouvoirs du syndic est assez longue. Nous la reproduisons ici :

« Avec la permission des inspecteurs, le syndic peut :

a) vendre ou autrement aliéner, à tel prix ou moyennant telle autre contrepartie que peuvent approuver les inspecteurs, tous les biens ou une partie des biens du failli, y compris l'achalandage, s'il en est, ainsi que les créances comptables échues ou à échoir au crédit du failli, par soumission, par enchère publique ou de gré à gré, avec pouvoir de transférer la totalité de ces biens et créances à une personne ou à une compagnie, ou de les vendre par lots;

b) donner à bail des biens immeubles;

c) continuer le commerce du failli, dans la mesure où la chose peut être nécessaire pour la liquidation avantageuse de l'actif;

intervenir auprès du syndic et lui donner des instructions relativement à l'exercice de ses fonctions.¹⁸¹ Ces éléments, empreints du caractère quasi-criminel de la procédure de mise en faillite, volontaire ou forcée, permettent de distinguer le syndic de l'administrateur du bien d'autrui.

Séquestre/receiver

En ce qui a trait à l'acquisition et la possession des biens du failli, le syndic est dans la même position qu'un séquestre nommé par un tribunal.¹⁸² La *L.F.I.* a ainsi emprunté le régime du *receivership* directement du droit anglais.¹⁸³ On peut se demander qu'elle est l'utilité réelle de cette qualification. Apparemment, il s'agit d'un concept tout à fait étranger au droit civil québécois.

Le *C.C.Q.* reconnaît l'existence de deux séquestres : le séquestre conventionnel et le séquestre judiciaire. Lorsque choisi de façon conventionnelle, le séquestre est la personne à qui l'on remet les biens qui font l'objet d'une dispute.¹⁸⁴ Or, le paragraphe 16(4) de la *L.F.I.* réfère au séquestre nommé par le tribunal. Il ne s'agirait donc pas du séquestre conventionnel du *C.C.Q.* Le séquestre judiciaire, de son côté, est décrit au *C.P.C.* comme étant la personne à qui le tribunal ordonne de conserver un bien lorsque les droits des parties à un litige sont en jeu.¹⁸⁵ Apparemment, ce personnage, nommé dans des circonstances très particulières, se distingue du syndic. Aussi, la Cour d'appel du Québec a-t-elle déclaré qu'il ne fallait pas assimiler le séquestre judiciaire au séquestre des biens et au syndic de faillite.¹⁸⁶

Selon nous, il est probablement inutile de conserver, de nos jours, la référence au mécanisme de *receivership* puisqu'il est clair en vertu des dispositions de la *L.F.I.* que les biens du débiteur sont dévolus au syndic et que ce dernier en prend possession et les administre.

d) intenter ou contester toute action ou autre procédure judiciaire se rapportant aux biens du failli;

e) employer un avocat ou autre mandataire pour engager des procédures ou pour entreprendre toute affaire que les inspecteurs peuvent approuver;

f) accepter comme contrepartie pour la vente de tout bien du failli une somme d'argent payable à une date future, sous réserve des stipulations que les inspecteurs jugent convenables quant à la garantie ou à d'autres égards;

g) contracter des obligations, emprunter de l'argent et fournir des garanties sur tout bien du failli par voie d'hypothèque, de privilège, de cession, de nantissement ou autrement, telles obligations devant être libérées et tel argent emprunté devant être remboursé avec intérêt sur les biens du failli, avec priorité sur les réclamations des créanciers;

h) transiger sur toute dette due au failli et la régler;

i) transiger sur toute réclamation faite par ou contre l'actif;

j) partager en nature, parmi les créanciers et selon sa valeur estimative, un bien qui, à cause de sa nature particulière ou d'autres circonstances spéciales, ne peut être promptement ni avantageusement vendu;

k) décider de retenir, durant la totalité ou durant une partie de la période restant à courir, ou de céder, abandonner ou résilier tout bail ou autre intérêt provisoire se rattachant à un bien du failli;

l) nommer le failli pour aider à l'administration de l'actif de la manière et aux conditions que les inspecteurs peuvent ordonner. »

¹⁸¹ Par. 5(4) *L.F.I.*

¹⁸² Par. 16(4) *L.F.I.*

¹⁸³ Le paragraphe 16(4) de la *L.F.I.* tire son origine du paragraphe 39(2) de la *Loi de faillite* de 1919. Le législateur de l'époque avait rédigé cet article en s'inspirant des lois britanniques : *Bankruptcy Act* (R.-U.), 1869, c. 71, art. 20, repris dans *Bankruptcy Act* (R.-U.), 1883, c. 52, par. 50(2) et dans *Loi de faillite anglaise* de 1914, *supra* note 21, par. 48(2).

¹⁸⁴ Art. 2307 *C.C.Q.* Ce dépôt porte aussi le nom de « séquestre »; art. 2305 *C.C.Q.*

¹⁸⁵ Art. 742 *C.P.C.* et s.

¹⁸⁶ *Re André Radio Ltée: Compagnie de fiducie du Canada Permanent c. Moquin, Ménard, Giroux, Daoust Inc.*, [1988] R.J.Q. 2327 (C.A.).

Propriétaire

Lorsque le débiteur est propriétaire d'un bien immeuble au moment de faire cession de ses biens, le paragraphe 74(2) de la L.F.I. reconnaît au syndic le droit d'être enregistré comme le propriétaire du bien libre de toute charge. Il faut, au préalable, que le syndic enregistre la cession.¹⁸⁷ En cas de défaut, le débiteur demeure toujours propriétaire de ses biens, et toute cession, tout transport, toute hypothèque, tout droit réel consenti par le syndic est sans effet.¹⁸⁸

En *common law*, cette disposition ne pose aucun problème conceptuel. En effet, le syndic, à titre de *trustee*, acquiert la « propriété-fiduciaire » des biens du débiteur, conformément au droit du *trust*.¹⁸⁹ En droit civil, par contre, cette désignation présente une certaine ambiguïté conceptuelle.

En tout premier lieu, le droit de propriété, dans un régime civiliste, est composé de trois éléments : (1) le *fructus*, (2) l'*usus* et (3) l'*abusus*.¹⁹⁰ La réunion de ces trois éléments confère au propriétaire la liberté de jouir de son bien, d'en tirer les fruits et d'en disposer dans les limites imposées par la loi. Or, la L.F.I. définit de façon limitative les pouvoirs du syndic, comme on l'a vu un peu plus haut. De plus, le syndic doit exercer son « droit de propriété » non pas pour ses propres fins mais pour le bénéfice de la masse des créanciers. C'est probablement ce qui a amené le juge Bernier de la Cour d'appel du Québec à déclarer « [c]e n'est pas à titre personnel mais bien à titre de fiduciaire qu'un syndic devient propriétaire des biens cédés, et les fins de la *Loi sur la faillite* sont les conditions attachées à son droit de propriété, soit la liquidation au profit des créanciers [...] » [soulignements ajoutés].¹⁹¹

Or, comme l'affirme le professeur Albert Bohémier, il est difficilement concevable en droit civil qu'une personne soit propriétaire de biens pour le bénéfice d'autrui et non pour son propre bénéfice.¹⁹² C'est, malgré cela, la situation décrite par le juge Denis Durocher de la Cour supérieure du Québec reprise par le juge Nuss de la Cour d'appel du Québec et selon laquelle, dès la faillite, « [...] les biens du débiteur deviennent la propriété du syndic et le patrimoine des créanciers ». [soulignement ajouté]¹⁹³

¹⁸⁷ *Gobeil c. Cie H. Fortier*, [1982] 1 R.C.S. 988 aux pp. 1002-1003.

¹⁸⁸ *Re J.W. Kilgour and Bros Ltd : Corporation municipale de la ville de Coaticook c. Dionne*, [1997] C.S. 1082 à la p. 1083.

¹⁸⁹ D.W.M. Waters, *Law of Trust in Canada*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1984 aux pp. 449 et s., 574 et s.; F.H. Lawson et B. Rudden, *The Law of Property*, 2^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1982 aux pp. 6 et s., 100 et s.

¹⁹⁰ Art. 947 C.C.Q.

¹⁹¹ *Lefavre c. Côté*, [1975] C.A. 691 à la p. 692.

¹⁹² *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 21 à la p. 715.

¹⁹³ *Lacoursière c. Westmount (Town)*, [1998] R.J.Q. 1784 (C.A.) Voir, en première instance, *Kostadinova Gantcheff (Syndic de)*, [1996] R.J.Q. 3030 à la p. 3032 (C.S.).

Cette conception du droit de propriété se rapproche davantage de celle qui prévaut en *common law* où le *trustee* acquiert le *legal title* et où les bénéficiaires acquièrent le *beneficial title*.¹⁹⁴ En revanche, elle s'oppose à la fiducie de droit civil qui constitue un patrimoine d'affection autonome dont ni le constituant, ni le fiduciaire, ni le bénéficiaire est propriétaire des biens ainsi affectés.¹⁹⁵

Comme on peut le constater, la désignation des rôles du syndic constitue une véritable valse entre les concepts de fiducie, d'administration du bien d'autrui, de cession, de séquestre et de propriété. Ce qui rend cette désignation encore plus compliquée, du point de vue civiliste, est le contexte statutaire dans lequel ces rôles sont définis. Un contexte, en ce qui concerne la L.F.I., qui est très fortement empreint de *common law*.

3. Problèmes d'ordre général

3.1. La création de nouvelles sûretés

Le droit provincial prévoit généralement les règles encadrant la constitution de sûretés et l'exercice des recours permettant à leur titulaire de faire valoir leurs droits. Or, il arrive que le législateur fédéral crée, de son côté, de nouveaux mécanismes de sûreté, généralement en faveur de la Couronne. Cela soulève certaines interrogations en ce qui a trait à la constitution de ces mécanismes et au droit de préférence qu'ils confèrent par rapport aux autres sûretés que l'on retrouve dans le droit commun. Par ailleurs, la désignation d'une sûreté peut poser un problème d'ordre terminologique qui n'est pas sans importance.

Désignation terminologique des sûretés

Sous l'ancien Code, de nombreux termes étaient en usage afin de désigner des mécanismes de sûreté. Avec la réforme du droit civil, le législateur a abandonné plusieurs de ces mécanismes les plongeant, du coup, dans la désuétude.¹⁹⁶ Le C.C.Q. ne retient plus que les priorités, les hypothèques et quelques autres mécanismes tels que le droit de rétention, le cautionnement, les « sûretés-propriétés » et les « sûretés-fiducies ». D'une part, ces changements n'ont pas encore été transposés dans la législation fédérale.¹⁹⁷ D'autre part, il arrive que le législateur fédéral utilise le terme « charge » pour désigner des mécanismes de sûreté. Or, le terme « charge » a un sens différent en *common law* et en droit civil. En outre, en *common law*, le terme « charge » est un

¹⁹⁴ Voir *The Law of Property*, supra note 189 à la p. 6 et s., 100 et s.; J. Beaulne, *Droit des fiducies*, coll. Bleue, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998 à la p. 118.

¹⁹⁵ Il est bon de rappeler, toutefois, que les titres relatifs aux biens qui composent un patrimoine d'affectation sont établis au nom du fiduciaire. art. 1278 C.C.Q. Voir J.E.C. Brierley, « De certains patrimoines d'affectation », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 1, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 735 aux pp. 746 et s., 764. et s.

¹⁹⁶ Dans le C.C.B.C., on retrouvait, par exemple, l'« antichrèse » (art. 1967 C.C.B.C.), le « nantissement » (art. 1966 C.C.B.C.), la « cession de créance en garantie » (art. 1571 C.C.B.C.), la « cession générale de créances comptables » (art. 1966 C.C.B.C.), le « nantissement forestier » (al. 1979a C.C.B.C.), le « nantissement agricole » (al. 1979a C.C.B.C.), le « nantissement commercial » (al. 1979e C.C.B.C.), le « privilège » (art. 1983 C.C.B.C. et s.). Dans le corpus législatif québécois, on retrouvait notamment la « cession de biens en stock » (*Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*, L.R.Q. c. C-53), l'« Acte de fiducie », la « charge flottante », la « charge spécifique » (*Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q. c. P-16), les « transports en garantie de créances » (*Loi sur le crédit forestier*, L.R.Q. c. C-78, *Loi sur le crédit forestier par les institutions privées*, L.R.Q. c. C-78.1, *Loi sur le financement agricole*, L.R.Q. c. F-1.2). Signalons que les expressions « charge spécifique » et « charge flottante » n'apparaissent pas dans la loi comme telle mais qu'elles étaient couramment utilisées dans la communauté juridique. M. Deschamps, « Les sûretés sur les équipements et les stocks » (1987) 1 C.P. du n° 125 aux pp. 146-147.

¹⁹⁷ Voir supra note 35.

synonyme de « garantie » alors qu'en droit civil il aurait un sens qui se limite à la désignation des droits réels.¹⁹⁸

Constitution de sûretés

Le C.C.Q. prévoit généralement que les hypothèques légales ne sont « acquises » à leur titulaire qu'une fois inscrites au registre approprié.¹⁹⁹ Or, le législateur fédéral crée, dans la L.F.I., des mécanismes de sûreté opérant en faveur de certains créanciers sans qu'il ne soit nécessaire de procéder à leur inscription. C'est le cas, par exemple, de la sûreté attribuée aux agriculteurs, aux pêcheurs et aux aquiculteurs²⁰⁰ ainsi que celle attribuée au séquestre intérimaire.²⁰¹ Dans ce dernier cas, la procédure de constitution de la sûreté est plutôt étonnante pour le civiliste puisque, pour bénéficier de cette dernière, le séquestre intérimaire se doit de présenter une demande à cet effet devant le tribunal qui décidera, à sa discrétion, s'il est opportun d'accorder une telle sûreté.²⁰²

La L.F.I. attribue également une sûreté nouvelle en faveur de la Couronne lorsque surviennent des circonstances très précises.²⁰³ On se rappellera que la L.F.I. prévoit des règles particulières en ce qui concerne la validité des sûretés détenues par la Couronne.²⁰⁴ Or, ces règles ne s'appliqueraient pas à cette sûreté nouvelle en raison de sa nature particulière qui relèverait d'un « *interest in land* ». ²⁰⁵ En effet, les « *interest in land* » n'ont pas à faire l'objet d'enregistrement en *common law*.²⁰⁶ Au Québec, où la dualité domaniale est reconnue, la situation serait toute autre.²⁰⁷ Il semblerait que la règle d'inscription des sûretés accordées à la Couronne devrait y trouver

¹⁹⁸ *Dictionnaire de droit québécois*, supra note 81 à la p. 86; G. Comu, *Vocabulaire juridique*, 4^e éd. corr., Paris, Presses universitaires de France, 1994 à la p. 130; M. Fillion, *Dictionnaire du Code civil du Québec*, Saint-Nicolas, Éditions associations entreprises, 1998 à la p. 79; P.-A. Crépeau et al., *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1991 à la p. 84. Cherchant à savoir si le mot « charge » qui apparaît à la définition de « créancier garanti » dans la L.F.I. pouvait comprendre le concept de priorité, la Cour d'appel du Québec, dans l'affaire *Château d'Amos*, sous la plume du juge Brossard, dissident quant au fond, a déclaré que la notion de « charge » était mal définie en droit civil québécois, contrairement à la notion bien connue de « charge » en *common law*. *Château d'Amos*, supra note 32 à la p. 2635.

¹⁹⁹ Art. 2725(2) C.C.Q.

²⁰⁰ Par. 81.2(1) L.F.I.

²⁰¹ Par. 47.2(1) L.F.I.

²⁰² *Re N.T.W. Management Ltd* (1994), 29 (3^e) C.B.R. 139 (Ont. Ct. (Gen. Div.)).

²⁰³ Par. 14.06(7) L.F.I. Cette sûreté vise à garantir le paiement de la réclamation de cette dernière pour des frais de réparation engendrés à la suite d'un dommage environnemental. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une entreprise déverse abondamment des polluants dans une rivière. Au Québec, lorsqu'une contamination environnementale de ce genre survient, le ministère québécois de l'Environnement peut, s'il le juge requis, procéder au nettoyage des contaminants qui se sont déversés, notamment, sur des biens privés immeubles. Le ministère peut, par la suite, se faire rembourser en présentant la facture aux propriétaires de ces immeubles. Si l'un d'eux devient failli ou fait une proposition concordataire, la sûreté nouvelle prend aussitôt naissance. La réclamation du ministère est alors garantie par une sûreté immobilière portant sur l'immeuble sinistré et les immeubles contigus. Cette sûreté garantit le paiement de la réclamation du ministère avant toute autre réclamation. Le ministère peut procéder à l'exécution de cette sûreté « comme s'il s'agissait d'une hypothèque ». *Loi sur la qualité de l'environnement*, L.R.Q. c. Q-2, art. 115.1.

²⁰⁴ Art. 86 et 87 L.F.I.

²⁰⁵ C'est la situation qui prévaudrait en *common law*. En effet, ce serait en vertu de cet « *interest in land* » que la Couronne pourrait entreprendre les réparations. J. Marin et A. Ilchenko, « Amendments to the Bankruptcy and Insolvency Act — Bill C-5 Environmental Liabilities of Trustees and Receivers » (1997) 14:2 Nat. Insol. Review 18 à la p. 42.

²⁰⁶ Voir *Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers*, L.R.O. 1990, c. L-5; *Loi sur l'enregistrement des actes*, L.R.O. 1990, c. R-20.

²⁰⁷ Au Québec, les biens appartiennent ou bien aux individus ou bien à l'État. art. 915 C.C.Q.

application. Dans ce cas, il y aurait une véritable disparité entre la situation au Québec et celle des autres provinces.²⁰⁸

Mais la création de nouvelles sûretés ne soulève pas que des questions relatives à leur constitution. Elle ajoute à l'échafaudage de préférences reconnues par le droit commun des droits de nature étrangère pouvant mettre en péril l'équilibre entre les créanciers.

Droits de préférence

Le C.C.Q. ne prévoit que deux causes de préférence : les priorités et les hypothèques.²⁰⁹ Lorsque survient la faillite, la L.F.I. supprime les règles ordinaires de droit commun et les créanciers sont traités selon un plan de répartition distinct à moins qu'ils ne soient visés par la définition de « créancier garanti ». ²¹⁰ Dans ce cas, ils pourront exercer leur recours en vertu du droit commun, sous réserve des articles 69 à 69.3 de la L.F.I.

Or, le législateur fédéral crée, dans la L.F.I., des mécanismes de sûretés conférant à leur titulaire un droit de préférence, un rang supérieur à tout autre créancier et ce, non pas dans le cadre du plan de répartition mais bien dans le cadre des règles applicables aux créanciers garantis. Par exemple, le paragraphe 14.06(7) de la L.F.I. prévoit que « [...] par dérogation aux autres dispositions de la présente loi et à toute règle de droit fédéral et provincial, [la sûreté] a priorité sur tout autre droit, charge ou réclamation visant le bien. »

Il en va de même de la réclamation de l'agriculteur, du pêcheur et de l'aquiculteur à l'égard de la marchandise qu'ils ont livrée au failli.²¹¹ Cette façon de bouleverser l'équilibre prévu selon le droit commun établi par les législateurs provinciaux entre les créanciers munis d'une garantie peut être source de confusion. À tout le moins, en ce qui concerne le droit civil québécois, n'y aurait-il pas lieu d'harmoniser ces mécanismes de sûreté avec ceux prévus au C.C.Q.?

3.2. La notion de « disposition/settlement »

La « disposition de biens/settlement of property » est une notion appartenant à la tradition de *common law*. Elle est utilisée dans la législation fédérale, notamment dans la L.F.I.²¹² En ce qui concerne cette dernière, la notion de « disposition/settlement » a été importée du droit britannique dès 1919.²¹³ En vertu de la jurisprudence traditionnelle, cette notion vise :

- les donations faites à un bénéficiaire,

²⁰⁸ Toutefois, en raison d'une difficulté d'ordre technique, on peut se demander comment la Couronne pourrait parvenir à respecter l'obligation d'inscription qui lui est imposée. En effet, selon le paragraphe 87(1) de la L.F.I., pour que la Couronne puisse bénéficier des avantages de sa sûreté, il faudrait qu'elle l'ait inscrite avant l'une des dates qui y sont énumérées soit : le dépôt d'une pétition de mise en faillite, d'un avis de cession, d'une proposition ou d'un avis d'intention de faire une proposition. Or, il est bon de rappeler que la sûreté attribuée à la Couronne pour garantir le remboursement de ses frais de répartition ne prend naissance qu'au moment où une proposition est déposée ou au moment où le débiteur fait faillite. En d'autres mots, cette sûreté ne prend naissance qu'après l'une ou l'autre des dates énumérées au paragraphe 87(1). On peut alors se demander comment la Couronne aurait-elle pu avoir inscrit la sûreté au préalable? Comment pourrait-elle inscrire une sûreté qui n'est pas encore née afin de respecter les délais imposés par le législateur fédéral?

²⁰⁹ Art. 2647 C.C.Q.

²¹⁰ Art. 136 L.F.I.

²¹¹ Par. 81.2(1) L.F.I.

²¹² Art. 91 et s. L.F.I.

²¹³ *Re Jules Beaulieu* (1942), 24 C.B.R. 197 à la p. 205 (C.A. Qué.); *Re Évaporateur Portneuf Inc.*; *Angers c. Malouin*, [1962] B.R. 218 [ci-après *Re Évaporateur Portneuf Inc.*]; *Jobin c. The Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755 à la p. 1758 (C.A.).

- avec la condition que les biens donnés soient maintenus dans leur forme originale ou dans un état qui permette de les retrouver (on parle alors du *tracing*).²¹⁴

Or, l'aspect « *tracing* » qui caractérise une « *disposition/settlement* » est inconnu en droit civil. En effet, la notion de droit civil de « *donation* » ne comporte pas cet élément de contrôle puisqu'elle est faite à titre gratuit.²¹⁵ De leur côté, les actes juridiques pouvant faire l'objet d'une « *action en inopposabilité* » comportent plutôt un élément de fraude.²¹⁶ L'hypothèque qu'un débiteur peut offrir en garantie d'une obligation ne comporte pas non plus cet élément de « *tracing* » car le bien grevé demeure dans le patrimoine du débiteur.²¹⁷ Enfin, bien que la fiducie québécoise constitue un patrimoine d'affectation autonome, l'idée d'y transférer un bien dans le but de le récupérer dans son état original lui est étrangère.²¹⁸

En 1992, le Parlement fédéral a introduit dans la L.F.I. une définition de « *disposition/settlement* ». Il s'agit plutôt, à proprement parler, d'une énumération que d'une définition. Le texte de la loi prévoit que la disposition « [s]entend notamment des contrats, conventions, transferts, donations et désignations de bénéficiaires aux termes d'une police d'assurance faits à titre gratuit ou pour un apport purement nominal ».²¹⁹

Comme on peut le constater, la notion de *tracing* ne fait pas partie de la soi-disante définition statutaire de « *disposition/settlement* ». Selon nous, même si cette notion en est absente, la jurisprudence devrait maintenir son interprétation traditionnelle en conformité avec le droit anglais.²²⁰ D'autant plus que cette définition utilise les mots « *s'entend notamment* », ce qui est une indication qu'elle est ni exhaustive ni exclusive.

Aussi, cette notion de « *disposition/settlement* » demeure une notion inconnue en droit civil québécois où l'on applique plutôt la notion d'« *aliénation sans contrepartie suffisante* ».²²¹ De toute évidence, une certaine harmonisation serait nécessaire à ce sujet entre la législation fédérale en matière de faillite et le droit civil québécois.

En terminant sur cette partie, il est utile de préciser que le législateur anglais a modifié sa *Loi sur la faillite* pour remplacer la notion de « *settlement* » par celle d'« *act for an undervalue* » qui ne requiert pas la démonstration d'une intention de maintenir le bien dans un état qui le rende « *retraçable* ».²²²

²¹⁴ A.H. Boulton Co. c. Bozanich (*Syndic de*), [1942] R.C.S. 130.

²¹⁵ Art. 1806 C.C.Q.

²¹⁶ Art. 1631 C.C.Q. et s. Il s'agit de ce qui était connu sous l'ancien droit comme étant l'« *action paulienne* ».

²¹⁷ Art. 2660 C.C.Q. et s.

²¹⁸ Art. 1260 C.C.Q. et s. En *common law*, il semble, au contraire, que la notion de *tracing* soit au coeur de la notion de *trust*, du moins en ce qui concerne les recours traditionnellement reconnus dans le régime d'*equity*. Voir *Law of Trust in Canada*, supra note 189 à la p. 883 et s.

²¹⁹ Par. 2(1) L.F.I.

²²⁰ Voir *Banque Royale du Canada c. Nord-Américaine, cie d'assurance-vie*, [1996] 1 R.C.S. 325.

²²¹ *Re Évaporateur Portneuf Inc.*, supra note 213; *Re Promoteurs Inc. : Danyluk c. Franco* (1982) 42 C.B.R. (NS) 2521 (C.A. Qué.); *Re Jobin : Blais, Fortier, Touché et Ross Ltée c. Monarch Life Assurance Co.*, [1986] R.J.Q. 1755 (C.A.); *Giroux (Syndic de) c. Giroux*, [1993] R.J.Q. 1515 (C.S.); Voir « *Conférence sur le projet de loi S-22* », supra note 36 à la p. 13.

²²² *Insolvency Act* (R.-U.), 1986, c. 45, art. 339.

3.3. La notion d'entreprise

Contrairement à la *common law*, le droit civil québécois, sous le *C.C.B.C.*, établissait une dualité de régime soit, d'une part, les affaires civiles et, d'autre part, les affaires commerciales. Ainsi, la doctrine et la jurisprudence attribuaient le statut de « commerçant » à certains individus et qualifiaient certains actes d'« actes de commerce ». La réforme du Code civil a mis un terme à cette dualité de régime avec l'abandon des notions de « commerçant » et d'« acte de commerce ». Le *C.C.Q.* ne retient désormais que la notion d'« entreprise ».²²³ L'entreprise désigne « toute activité économique organisée » exercée par une personne physique ou une personne morale.²²⁴ Le juge Pierre J. Dalphond énumère certains éléments caractéristiques permettant d'identifier une entreprise :

1. nécessité d'un plan précisant les objectifs de l'entreprise et en fonction duquel l'activité est organisée (qui n'a pas besoin d'être complexe ni même écrit);
2. nécessité d'actifs reliés à la poursuite des objectifs (qui peuvent varier de la gigantesque société avec son personnel, ses outillages et équipements et ses immeubles, au simple coffre d'outils de l'artisan);
3. nécessité d'une série d'actes juridiques habituels, usuels, impliquant l'entrepreneur et faits dans la poursuite des objectifs préétablis;
4. nécessité d'autres intervenants économiques réceptifs aux biens ou services offerts par l'entreprise, généralement définis comme la clientèle, l'achalandage ou le marché;
5. présence d'une valeur économique ou d'un bénéfice directement attribuable aux efforts de l'entrepreneur.²²⁵

Depuis son adoption en 1919, la législation fédérale en matière de faillite, fidèle à ses racines de *common law*, s'applique à toute personne, commerçante ou non. Toutefois, il y est fait un usage variable des mots « *business* », « *carrying on business* », « *trade* » et « *commercial* », surtout en ce qui concerne leur énoncé dans la version française. Par exemple, l'expression « *carry on business* » est tantôt rendue par « exerce ses activités »²²⁶ tantôt par « continuer le commerce ».²²⁷ Autre exemple, l'expression « *trade or business* » est tantôt rendue par « métier ou commerce »²²⁸ tantôt par « commerce ou entreprise ».²²⁹ De plus, la *L.F.I.* continue d'employer des expressions — « exercer le commerce », « faire commerce », « continuer un commerce » — qui avaient un sens sous le *C.C.B.C.* mais qui, avec la réforme du Code civil, sont empreintes d'une désuétude terminologique.

En ce qui concerne la notion d'« entreprise », nous croyons qu'elle soulève d'abord et avant tout une problématique de terminologie. Toutefois, il pourrait en découler indirectement une

²²³ Commentaires du Ministre, *supra* note 82 aux pp. 936-937.

²²⁴ Art. 1525(3) *C.C.Q.*

²²⁵ P.J. Dalphond, « Entreprise et vente d'entreprise en droit civil québécois », [1994] 54 R. du B. 35 aux pp. 43 et s.

²²⁶ Art. 2 *L.F.I.*

²²⁷ Al. 30(1)c) *L.F.I.*

²²⁸ Art. 94 *L.F.I.*

²²⁹ Par. 137(2) *L.F.I.*

problématique de fond. C'est pourquoi l'harmonisation de la loi avec les changements apportés au droit civil québécois serait nécessaire.

3.4. La notion de cautionnement

Au moment d'administrer le patrimoine d'un débiteur failli, le syndic doit, en vertu de la L.F.I., fournir un cautionnement au surintendant des faillites garantissant, en quelque sorte, l'exécution honnête de ses fonctions. Ce cautionnement soulève un autre problème d'harmonisation avec le droit civil québécois.

Le cautionnement de droit civil

L'article 2333 du C.C.Q. prévoit que « [l]e cautionnement est le contrat par lequel une personne, la caution, s'oblige envers le créancier, gratuitement ou contre rémunération, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas ». On peut remarquer le caractère tripartite du contrat de cautionnement, son caractère accessoire et subsidiaire et enfin, en raison de l'absence de toute obligation imposée au créancier, son caractère unilatéral.²³⁰ On peut ainsi distinguer le cautionnement de l'assurance, de l'hypothèque et du dépôt.

i) distinction entre le cautionnement de droit civil et l'assurance

Le contrat de cautionnement et le contrat d'assurance partagent certaines caractéristiques. L'idée de risque est présente dans les deux contrats. Pour l'un, il s'agit de la non-exécution de l'obligation, pour l'autre, il s'agit de la perte survenant à la suite d'un sinistre.²³¹ De plus, avec la réforme du Code civil, le cautionnement peut être fourni contre rémunération, un peu comme on achète une police d'assurance. Toutefois, il s'agit de deux contrats fondamentalement distincts. Le cautionnement est un contrat accessoire unilatéral — le créancier n'ayant aucune obligation — alors que le contrat d'assurance est un contrat principal synallagmatique.²³²

Malgré cela, les deux notions sont parfois confondues. Le *Règlement d'application de la Loi sur les assurances* définit ainsi les cautionnements consentis par les compagnies d'assurances au Québec :

« L'assurance de garantie désigne l'assurance-caution et l'assurance contre les détournements. L'assurance-caution garantit le risque du défaut d'exécution ou de la mauvaise exécution d'une obligation, ou du non-paiement d'une pénalité ou d'une indemnité pour tout défaut, à l'exception de l'assurance-crédit et de l'assurance d'hypothèque. L'assurance contre les détournements garantit la réparation pécuniaire du préjudice causé à l'assuré par la malhonnêteté de ses employés ou préposés, notamment en cas de vol, abus de confiance ou malversation ». ²³³

Toutefois, il semble que la confusion que crée le législateur québécois entre les notions de cautionnement et d'assurance ne soit limitée qu'à l'application de ce règlement. Dans l'affaire *Entreprises Gamelec Inc.*, la Cour d'appel du Québec a, en effet, déclaré que « [l]e règlement est

²³⁰ L. Poudrier-Lebel, *Le cautionnement par compagnie de garantie*, Cowansville, Yvon Blais, 1986 à la p. 189.

²³¹ *Ibid.* à la p. 195.

²³² *Ibid.*; M. Troplong, *Le droit civil*, t. 17, Paris, Charles Hingray, 1846 à la p. 41.

²³³ *Règlement d'application de la Loi sur les assurances*, R.R.Q. 1981, c. A-32, r.1, art. 13.

de nature administrative et il ne peut avoir pour effet de changer la nature des contrats d'assurance et de cautionnement, lesquels sont régis par des dispositions différentes du Code civil ».²³⁴

ii) distinction entre le cautionnement de droit civil et l'hypothèque

Le cautionnement et l'hypothèque mobilière partagent, eux aussi, une caractéristique commune : tous deux servent à garantir l'exécution d'une obligation. Toutefois, l'hypothèque mobilière est une sûreté réelle tandis que le cautionnement est une sûreté personnelle. En effet, si le créancier hypothécaire peut, advenant le défaut de son débiteur, exécuter sa garantie sur le bien faisant l'objet de l'hypothèque, la caution qui s'engage dans un contrat de cautionnement offre, à toutes fins pratiques, un patrimoine additionnel au créancier dans les limites de la valeur de l'engagement contracté initialement par le débiteur.²³⁵

iii) distinction entre le cautionnement de droit civil et le dépôt

Le contrat de cautionnement et le contrat de dépôt peuvent facilement être confondus. Surtout en raison de l'emploi dans de nombreuses lois de l'expression « cautionnement en espèces ». Or, comme on l'a vu, l'une des caractéristiques principales du contrat de cautionnement est sa nature tripartite. En comparaison, le contrat de dépôt est un contrat principal par lequel le dépositaire s'engage à conserver un bien pendant un certain temps puis à le restituer, à l'échéance, au déposant.²³⁶

Le « cautionnement » exigé du syndic dans la L.F.I.

Autrefois, le législateur fédéral soumettait la demande de licence du syndic au dépôt d'un cautionnement général. Cette exigence a été supprimée en 1992.²³⁷ Dorénavant, ne subsiste qu'un cautionnement « spécifique » requis par le législateur fédéral afin de garantir l'administration honnête de la part du syndic et la juste distribution des dividendes aux créanciers.

Le paragraphe 16(1) de la L.F.I. prévoit le « cautionnement spécifique » que doit fournir le syndic en vue de l'administration d'un actif. L'article se lit comme suit :

« Tout syndic régulièrement nommé fournit aussitôt un cautionnement en espèces ou sous forme de lettre de garantie d'une compagnie de garantie [...] garantissant qu'il rendra régulièrement compte de tous les biens reçus par lui en qualité de syndic [...] et qu'il remplira diligemment et fidèlement ses fonctions ».

Cet article offre donc une alternative au syndic. Ce dernier peut déposer une somme d'argent ou une lettre de garantie émise par une compagnie de garantie.

²³⁴ *Entreprises Gamelec Inc. c. Laurentienne générale (La), Compagnie d'assurance Inc.*, [1990] R.R.A. 971 à la p. 972.

²³⁵ *Droit des sûretés*, supra note 130 à la p. 19.

²³⁶ Art. 2280 C.C.Q.

²³⁷ L.C. 1992, c. 27, art. 9. Selon monsieur le juge Houlden et M^e Morawetz, « [a] trustee was formerly required to deposit a general bond with the superintendent for the due and faithful performance of his duties. This is no longer required. A specific bond must, however, be filed under s. 16(1) ». *The 2000 Annotated B.I.A.*, supra note 53 à la p. 28.

i) cautionnement en espèces

Les principaux dictionnaires reconnaissent au terme « cautionnement » le sens de « dépôt en argent ».²³⁸ Le législateur québécois lui-même reconnaît le dépôt d'une somme d'argent²³⁹ ou un nantissement²⁴⁰ comme des formes de cautionnement. Toutefois, il semble que l'emploi du mot « cautionnement » pour désigner le dépôt d'une somme d'argent ne soit pas approprié en droit civil.²⁴¹ En effet, selon l'article 2333 du C.C.Q., le « cautionnement » implique l'intervention d'un tiers, la caution, à qui le créancier pourra demander d'exécuter l'obligation à la place du débiteur.²⁴² Or, le dépôt d'une somme d'argent n'implique pas l'intervention d'un tiers. Il faut alors parler de « gage » ou d'« hypothèque mobilière avec dépossession »²⁴³ ou de « dépôt ».

Le C.C.Q. prévoit d'ailleurs la présentation d'une sûreté suffisante à la place de la caution qui pourrait être le dépôt d'une somme d'argent, ce qui indique, par le fait même, la distinction qui existe entre les deux concepts.²⁴⁴ C'est ce qui peut arriver, par exemple, dans le cas d'un défendeur qui habite à l'étranger. Le C.P.C. prévoit alors les règles applicables au « cautionnement pour frais ».²⁴⁵ Le juge de première instance peut exiger au demandeur qui ne réside pas au Québec qu'il trouve une personne qui servira de caution.²⁴⁶ Ceci a pour but de couvrir les frais qui pourraient résulter du rejet de la demande. Toutefois, afin de s'éviter le tracassé de trouver une caution, le défendeur peut demander au tribunal la possibilité de déposer une somme d'argent à titre de sûreté suffisante, en application de l'article 2338 du C.C.Q.²⁴⁷ Par ailleurs, bien que le paragraphe 16(1) de la L.F.I. prévoit le dépôt d'une somme d'argent en garantie, en pratique, les syndicats font davantage affaires avec une compagnie de garantie.²⁴⁸

²³⁸ Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues, supra note 198 à la p. 78; Dictionnaire de droit québécois, supra note 81 à la p. 78; Vocabulaire juridique, supra note 198 à la p. 121; A. Rey, *Le nouveau Petit Robert*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1993 à la p. 322.

²³⁹ Loi sur les assurances, L.R.Q. c. A-32, art. 225; Règlement sur les agents de voyages, R.R.Q. 1981, c. A-10, r.1, art. 30; Loi concernant l'impôt sur la vente au détail, L.R.Q. c. I-1, art. 5; Loi sur les employés publics, L.R.Q. c. E-6, art. 20; Loi sur l'instruction publique pour les Autochtones Cris, Inuits ou Naskapis, L.R.Q. c. I-14, art. 306; Code de la sécurité routière, L.R.Q. c. C-24, art. 152.

²⁴⁰ Selon le règlement, « [l]es cautionnements dont il est fait mention au présent règlement doivent être faits par nantissement ou par police de garantie conformément à l'article 15 de la Loi sur les employés publics (L.R.Q., c. E-6) ». Règlement d'application de la Loi sur les agences d'investigation ou de sécurité, R.R.Q. 1981, c. A-8, r.1, art. 11; Loi sur les employés publics, ibid. art. 20, 29; Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques, L.Q. 1999, c. 40, art. 117.

²⁴¹ Selon Louise Poudrier-Lebel, « [i]l faut savoir aussi que le mot cautionnement ou caution sert aussi couramment à désigner le dépôt d'une somme d'argent en garantie. L'emploi de ces mots est impropre car il s'agit d'une forme de gage ou plus précisément maintenant d'hypothèque mobilière ». L. Poudrier-Lebel, « Les notions générales », dans Barreau du Québec, *Obligations et contrats*, vol. 5, coll. de droit 1998-1999, Cowansville, Yvon Blais, 1998, 299 à la p. 299. Selon Michel Filion, « [l]e terme cautionnement a déjà eu un autre sens : « somme d'argent déposée comme garantie à titre de gage ». Toutefois, selon nous, cette acception est désuète puisque la notion en question est celle de gage ». Dictionnaire du Code civil du Québec, supra note 198 à la p. 75; Selon Pierre Ciotola, « [l]e cautionnement en tant que sûreté personnelle ne doit pas être confondu avec le dépôt de sommes d'argent données en garantie. Le cautionnement est une sûreté personnelle; le dépôt de sommes d'argent données en garantie est plutôt un gage ou une hypothèque mobilière avec dépossession. » *Droit des sûretés*, supra note 130 à la p. 20.

²⁴² Art. 2333 C.C.Q. *Banque nationale du Canada c. Notre-Dame du Lac (Ville de)*, [1990] R.L. 339 (C.A. Qué.).

²⁴³ *Droit des sûretés*, supra note 130 à la p. 20.

²⁴⁴ Art. 2338 C.C.Q.

²⁴⁵ Art. 65 C.P.C. Selon cet article, « [l]e demandeur qui ne réside pas au Québec est tenu de fournir caution pour la sûreté des frais qui peuvent résulter de sa demande ».

²⁴⁶ Art. 525 C.P.C. C'est le tribunal qui fixe le montant d'argent. La partie adverse peut contester la nomination de la caution.

²⁴⁷ D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 83.

²⁴⁸ Selon monsieur le juge Houlden et M. Morawetz, « [a]lthough s. 16(1) permits the security to be given by the trustee in cash or by bond of a guaranty company, it is the invariable practice for the trustee to post a bond of a guaranty company ». *The 2000 Annotated B.I.A.*, supra note 53 à la p. 45. Aussi, ce cautionnement est « habituellement émis au bénéfice des créanciers de l'actif par une compagnie d'assurance ». Canada, Bureau du Surintendant des faillites, directive n° 13 : Cautionnement de l'actif, 23 octobre 1986, réémise le 10 janvier 1991.

ii) *cautionnement sous forme de lettre de garantie émise par une compagnie de garantie*

Le paragraphe 16(1) de la *L.F.I.* permet au syndic de garantir l'exécution de ses obligations en fournissant un cautionnement sous forme de lettre de garantie. Une « lettre de garantie » constate l'existence d'un contrat entre une institution financière et un individu par lequel l'institution met une somme d'argent à la disposition de l'individu sous certaines conditions et pour un certain temps. En soi, la « lettre de garantie » ne correspond pas à la définition de « cautionnement » telle qu'on la retrouve au *C.C.Q.*²⁴⁹ Il peut arriver, par contre, qu'une « lettre de garantie » soit employée comme « cautionnement » et serve précisément à garantir l'exécution de l'obligation du débiteur.²⁵⁰ C'est probablement ce à quoi réfère le paragraphe 16(1) de la *L.F.I.*

Dans tous les cas, le séquestre officiel doit évaluer la garantie fournie par le syndic. Le bureau du surintendant a émis une directive prévoyant les éléments dont le séquestre officiel tient compte pour fixer le montant de la garantie.²⁵¹

Conclusions générales

Comme nous pouvons le constater, le programme d'harmonisation mis en oeuvre par le ministère de la Justice nous donne l'occasion de réfléchir sur des problématiques toutes aussi complexes que passionnantes concernant l'arrimage de la législation fédérale avec le droit civil québécois. Au cours de ce texte, nous avons pu voir ensemble celles que soulèvent la création de nouvelles sûretés dans le corpus législatif fédéral, le recours à une notion aussi étrangère au droit civil que la notion de « disposition/*settlement* » et les problèmes que posent les notions d'« entreprise » et de « cautionnement ».

En particulier, l'étude de la *L.F.I.* soulève parmi les problématiques d'harmonisation les plus riches et les plus intéressantes. Nous avons vu la question de la définition du « créancier garanti », l'attribution de la compétence des tribunaux en matière de faillite et d'*equity*, les problèmes terminologiques et de droit supplétif que suscitent certaines procédures, notamment la « pétition en faillite », l'application aux créanciers québécois de la partie XI de la *L.F.I.*, la détermination de la personnalité juridique des sociétés et des fiducies québécoises et la possibilité qu'elles deviennent faillies et, enfin, l'identification du statut du syndic en regard de ses nombreux rôles et fonctions.

²⁴⁹ Art. 2333 *C.C.Q.* M^e Louis Payette établit une distinction entre la souscription à une assurance, l'obtention d'un cautionnement et l'obtention d'une lettre de garantie bancaire. L. Payette, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 320.

²⁵⁰ *Forex Leroy Inc. c. Banque Mercantile du Canada*, [1989] A.Q. n° 703 (Q.L.).

²⁵¹ Cautionnement de l'actif, *supra* note 248. Il s'agit des éléments suivants :

- Les autres formes de protection des créanciers (assurances en vigueur)
- L'évaluation des risques véritables pour les créanciers
- Les coûts de la garantie
- Le montant de la réalisation des biens du failli qui servira de dividendes aux créanciers privilégiés après déduction des frais d'administration du syndic
- S'il y a pluralité de couvertures, la prime doit être fixée en fonction de la prime la plus onéreuse afin d'avoir à réévaluer la prime plus tard
- La prime doit être fixée selon la valeur maximale de l'actif, sans plus
- Si la valeur de l'actif ne dépasse pas 3 000 \$, aucun cautionnement n'est nécessaire
- Si la valeur de l'actif dépasse 25 000 \$, d'autres formes de couvertures doivent être ajoutées (l'endossement multiple des officiers de la corporation, par exemple)
- Le montant de la garantie est révisé par le syndic lui-même et par les inspecteurs, conformément au paragraphe 120(3) de la *L.F.I.*
- Au besoin, le séquestre officiel peut réviser à la hausse le montant de la garantie.

Nous avons voulu présenter ces problématiques à cette étape de notre réflexion afin de susciter des discussions et, éventuellement, obtenir vos commentaires. Mais nous avons surtout voulu vous faire prendre conscience des enjeux que représente l'harmonisation de la législation fédérale en matière de faillite avec le droit civil québécois.

Veuillez faire parvenir vos commentaires à :

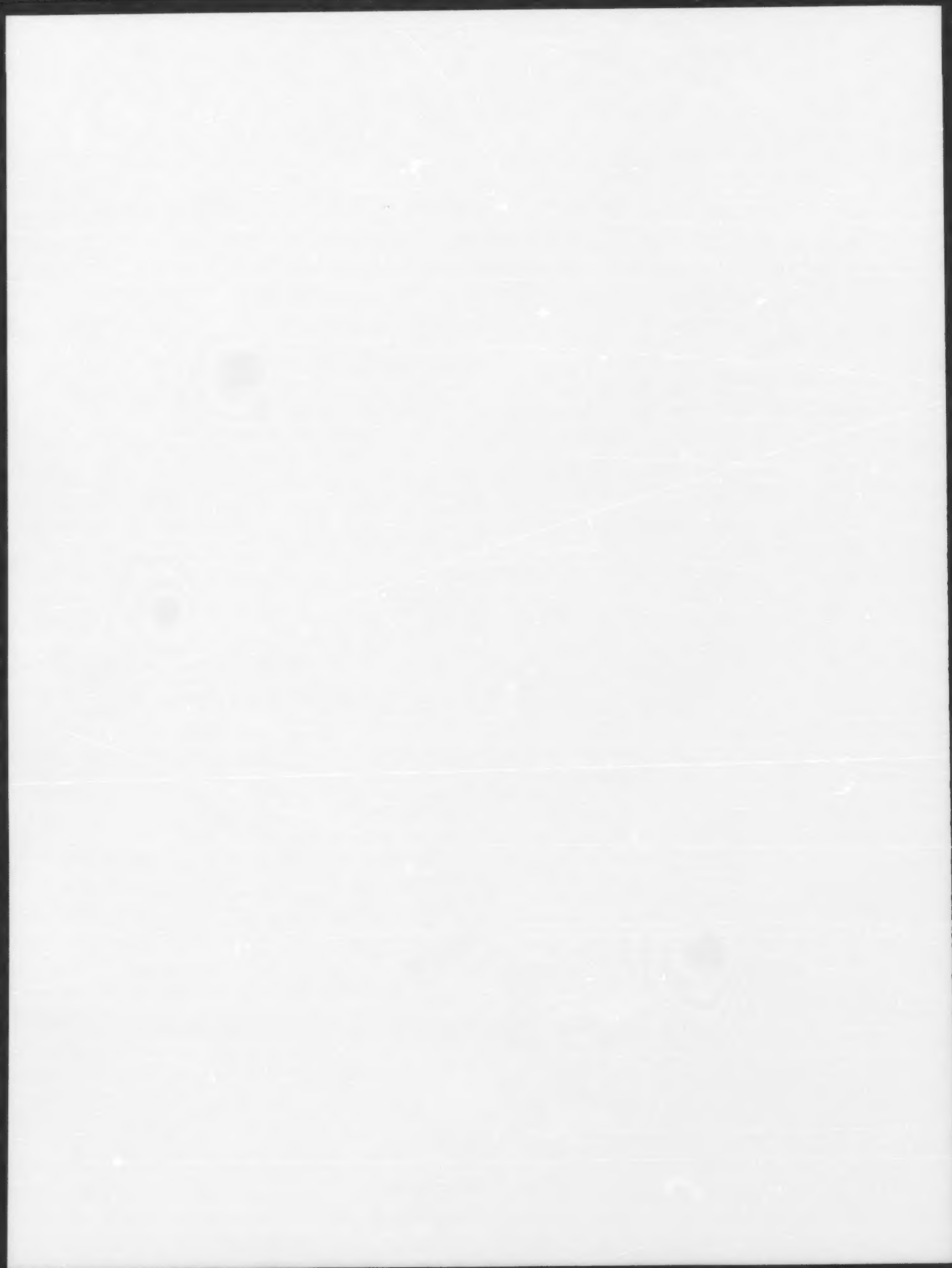
M^e Alain Vauclair, avocat-conseil
284 Wellington, Tour Saint-Andrews, 7^e étage
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

Téléphone : (613) 954-4696
Télécopieur : (613) 954-1209
Courriel : alain.vauclair@justice.gc.ca

ou

M^e Martin-François Parent, conseiller juridique
284 Wellington, Tour Saint-Andrews, 7^e étage
Ottawa (Ontario) K1A 0H8

Téléphone : (613) 946-8902
Télécopieur : (613) 954-1209
Courriel : martin-francois.parent@justice.gc.ca



**LA CRÉATION DES MÉCANISMES
DE SÛRETÉ PAR LE LÉGISLATEUR
FÉDÉRAL DANS LA LOI SUR LA
FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ**



Martin-François Parent



TABLE DES MATIÈRES

Introduction	1
1. La désignation terminologique des sûretés	2
1.1. L'hypothèque.....	3
1.2. Les priorités	5
1.3. Les autres mécanismes de sûreté.....	6
2. Le cadre juridique des sûretés créées dans la <i>L.F.I.</i>.....	7
2.1. La constitution des sûretés.....	7
2.2. L'attribution d'une préférence	10
2.3. L'exercice des recours	13
Conclusions générales	18



LA CRÉATION DES MÉCANISMES DE SÛRETÉ PAR LE LÉGISLATEUR FÉDÉRAL DANS LA LOI SUR LA FAILLITE ET L'INSOLVABILITÉ

Par Martin-François Parent¹,
conseiller juridique, Section du Code civil,
ministère de la Justice du Canada



Introduction

Le droit privé prévoit généralement les règles encadrant la constitution de sûretés et l'exercice des recours permettant à leur titulaire de faire valoir leurs droits. Relevant de la compétence des provinces, ce domaine du droit, depuis quelques années, a été considérablement simplifié. Ainsi, au Québec, les nombreux et divers privilèges qui existaient sous le *Code civil du Bas Canada* [ci-après *C.C.B.C.*] ont été abandonnés et l'hypothèque constitue désormais le seul véritable régime de sûreté réelle.

Or, il arrive que le législateur fédéral crée, de son côté, de nouveaux mécanismes de sûreté, généralement en faveur de la Couronne. Outre l'aspect constitutionnel, dont nous ne traiterons pas, ces mécanismes soulèvent certaines interrogations que le présent texte tente d'exposer brièvement. Ces interrogations touchent plusieurs aspects des sûretés notamment leur constitution, leur opposabilité, l'exercice des recours auxquels ils donnent ouverture et, enfin, le droit de préférence qu'ils confèrent par rapport aux autres sûretés. Par ailleurs, la désignation d'une sûreté peut poser un problème d'ordre terminologique.

Ces questions se posent avec pertinence en regard du programme d'harmonisation du corpus législatif fédéral avec le droit civil du Québec. On peut, en effet, se demander dans quelle mesure les règles que pose le *Code civil du Québec* [ci-après *C.C.Q.*] à l'égard de ces questions trouvent application et dans quelle mesure doit-on assurer dans un contexte fédéral l'arrimage de ces concepts en fonction du droit civil. Il y a là des questions qui touchent à la fois l'harmonisation et la politique législative sous-tendant la création de nouveaux mécanismes de sûreté.

Le législateur fédéral crée certaines formes de sûretés dans la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité* [ci-après *L.F.I.*] qui soulèvent précisément ce type de questions. Elles les soulèvent d'autant plus qu'elles sont relativement récentes et n'ont pratiquement pas fait l'objet de jurisprudence. L'harmonisateur se trouve alors dans la curieuse situation où il doit anticiper les litiges potentiels et tenter d'apporter des solutions aux problèmes qui risqueraient de se soulever. Les mécanismes de sûreté dont il est question sont la sûreté immobilière pour les frais de réparation occasionnés par des dommages environnementaux,² la « première charge » pour les honoraires du séquestre intérimaire³ et la sûreté des agriculteurs, des pêcheurs et des aquiculteurs pour le paiement de leurs marchandises.⁴

¹ Conseiller juridique à la Section du Code civil du ministère de la Justice du Canada.

² Par. 14.06(7) *L.F.I.*

³ Par. 47.2(1) *L.F.I.*

⁴ Par. 81.2(1) *L.F.I.*

Nous verrons tout d'abord quels sont les problèmes que la désignation terminologique de ces mécanismes de sûreté peut poser. Nous verrons ensuite, quels sont les problèmes que la détermination de ces derniers soulève en regard du droit substantiel, soit leur constitution, le droit de préférence qu'ils confèrent et, enfin, l'exercice des recours auxquels ils donnent ouverture.

1. La désignation terminologique des sûretés

La réforme du Code civil a eu pour effet, aux yeux du civiliste du moins, de plonger dans la désuétude les termes visant à désigner certains mécanismes de sûreté.⁵ Or, cette désignation terminologique est encore présente dans le corpus législatif fédéral d'où la nécessité d'harmoniser celui-ci avec le nouveau droit civil.⁶

Outre la désuétude, la L.F.I. pose globalement d'autres problèmes terminologiques liés à la nature de cette loi fortement imprégnée de la tradition de *common law*.⁷ Dans un contexte de droit civil, la communauté juridique règle généralement ces problèmes au moyen de consensus.⁸ Dans la jurisprudence, on reconnaît que certains des termes qui y apparaissent sont erronément employés en fonction de l'auditoire civiliste, ce qui nécessite des efforts d'interprétation supplémentaires.⁹ Est-il indispensable de déployer de tels efforts d'interprétation et de former de tels consensus, tout

⁵ Dans le C.C.B.C., on retrouvait, par exemple, l'« antichrèse » (art. 1967 C.C.B.C.), le « nantissement » (art. 1966 C.C.B.C.), la « cession de créance en garantie » (art. 1571 C.C.B.C.), la « cession générale de créances comptables » (art. 1966 C.C.B.C.), le « nantissement forestier » (al. 1979a C.C.B.C.), le « nantissement agricole » (al. 1979a C.C.B.C.), le « nantissement commercial » (al. 1979a C.C.B.C.), le « privilège » (art. 1983 C.C.B.C. et s.). Dans le corpus législatif québécois, on retrouvait notamment la « cession de biens en stock » (*Loi sur les connaissances, les reçus et les cessions de biens en stock*, L.R.Q. c. C-53), l'« acte de fiducie », la « charge flottante », la « charge spécifique » (*Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*, L.R.Q. c. P-16), les « transports en garantie de créances » (*Loi sur le crédit forestier*, L.R.Q. c. C-78, *Loi sur le crédit forestier par les institutions privées*, L.R.Q. c. C-78.1, *Loi sur le financement agricole*, L.R.Q. c. F-1.2). Signalons que les expressions « charge spécifique » et « charge flottante » n'apparaissent pas dans la loi comme telle mais qu'elles étaient couramment utilisées dans la communauté juridique. M. Deschamps, « Les sûretés sur les équipements et les stocks » (1987) 1 C.P. du n° 125 aux pp. 146-147.

⁶ À titre d'illustration, citons ici la définition de « créancier garanti » que prévoit le paragraphe 2(1) de la L.F.I. :

« Personne détenant une hypothèque, un nantissement, une charge, un gage ou un privilège sur ou contre les biens du débiteur ou sur une partie de ses biens, à titre de garantie d'une dette échue ou à échoir (...) ».

⁷ Le législateur fédéral s'est très largement inspiré de la loi sur la faillite d'Angleterre de 1914 pour la rédaction de sa *Loi de faillite* de 1919. Le remaniement de la loi canadienne en 1949 s'est fait une fois de plus sous l'inspiration du modèle britannique. Les traces de cette inspiration sont encore bien présentes de nos jours, malgré les révisions de 1966, de 1992 et de 1997. *An Act to Consolidate the Law Relating to Bankruptcy* (R.-U.), 1914-1916, c. 59; *Loi de faillite*, L.C. 1919, c. 36.; *Loi de 1949 sur la faillite*, L.C. 1949, c. 7; *Loi modifiant la Loi sur la faillite*, L.C. 1966-67, c. 32; *Loi modifiant la Loi sur la faillite et la Loi de l'impôt sur le revenu en conséquence*, L.C. 1992, c. 27; *Loi modifiant la Loi sur la faillite et l'insolvabilité, la Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies et la Loi de l'impôt sur le revenu*, L.C. 1997, c. 12. Voir A. Bohémier, *Faillite et insolvabilité*, t. 1, Montréal, Témis, 1992 aux pp. 9-18 (ci-après *Faillite et insolvabilité*); B. Boucher et J.-Y. Fortin, *Faillite et insolvabilité – une perspective québécoise de la jurisprudence canadienne*, Scarborough, Carswell, 1997 aux pp. p. 2-1 et 2-2 (ci-après *Perspective québécoise*).

⁸ Récemment, le professeur Jacques Deslauriers évoquait l'idée d'un « modus vivendi » s'instaurant parmi la communauté juridique québécoise à l'égard de la L.F.I. J. Deslauriers, « Le projet de loi S-22 et l'harmonisation de la *Loi sur la faillite* avec le *Code civil du Québec* », Conférence de l'Association du Barreau canadien, Québec, 24 octobre 2000 à la p. 1.

⁹ La déclaration suivante du juge Pigeon est souvent citée pour illustrer ceci :

« On touche ici à un problème majeur dans l'interprétation de la législation fédérale et il convient pour bien en juger de s'arrêter un instant à considérer la difficulté de la tâche des rédacteurs de ces lois. Ils doivent non seulement élaborer un texte législatif dans les deux langues mais aussi le plus souvent le faire en fonction de deux systèmes juridiques différents : le droit civil du Québec et la *common law* des autres provinces. Dans la législation sur la faillite qui tranche à chaque instant dans les domaines du droit provincial public et privé, la tâche est particulièrement ardue. Il ne faut donc être surpris d'y rencontrer d'énormes difficultés. Au surplus, inutile de le cacher, la *Loi sur la faillite* de 1949 comme la *Loi de faillite* de 1919 est non seulement inspirée presque totalement de source anglaise mais aussi médiocrement servie par le rédacteur de la version française ».

Sous-ministre du Revenu (Québec) c. Rainville, [1980] 1 R.C.S. 35 à la p. 41 [ci-après *Rainville*]. Les juges de la Cour d'appel du Québec ont récemment cité cette déclaration dans l'affaire *Château d'Amos. Château d'Amos Ltée (syndic de)*, [1999] R.J.Q. 2612 à la p. 2633 (C.A.) [ci-après *Château d'Amos*].

aussi admirable cela puisse-t-il être? À tout le moins, doit-on l'avouer, la L.F.I. pose certains problèmes conceptuels aux civilistes.¹⁰

À titre d'illustration, le législateur fédéral emploie régulièrement le terme « charge » pour désigner des mécanismes de sûreté.¹¹ En particulier, il utilise l'expression « première charge » afin de désigner le mécanisme de sûreté qu'il crée en faveur du séquestre intérimaire pour garantir le paiement de sa réclamation concernant ses honoraires et débours.¹² Afin de bénéficier de cette « première charge », le séquestre intérimaire doit s'adresser au tribunal afin d'obtenir une ordonnance à cet effet. Cette « première charge », si elle est ordonnée, pourra grever une partie ou tous les avoirs du débiteur.¹³

Cette utilisation du mot « charge » peut, avec raison, jeter de la confusion dans l'esprit du civiliste. Comme le terme « charge » possède plusieurs sens,¹⁴ on peut se demander si, en droit civil, on peut se servir de ce terme pour désigner un mécanisme de sûreté. Pour explorer cette hypothèse, nous verrons successivement chacune des sûretés reconnues par le C.C.Q. et dans quelle mesure celles-ci peuvent être désignées par le terme « charge » dans le contexte de la L.F.I.

1.1. L'hypothèque

Le C.C.Q. définit l'hypothèque comme étant un droit réel.¹⁵ La doctrine emploie également cette qualification classique de l'hypothèque.¹⁶ Plus précisément, l'hypothèque est un droit réel accessoire,¹⁷ une sûreté réelle.¹⁸ Un droit réel est le droit qu'un individu peut exercer directement

¹⁰ Cette ambiguïté persiste malgré la reconnaissance par le législateur fédéral des liens complémentaires qui unissent les questions relatives à la faillite et à l'insolvabilité à celles touchant la propriété. Déjà, il y a plus d'un siècle, lors des débats en Chambre concernant l'abrogation de toutes les lois de faillite canadienne, on opinait que le droit privé des provinces réussirait à régir les problèmes émanant de l'insolvabilité des débiteurs. *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada* (19 février 1880) aux pp. 76 et s. Et lorsque, à la suite de cette abrogation et après avoir délaissé sa compétence exclusive en matière de faillite et d'insolvabilité pendant près de quarante ans, le législateur fédéral a repris l'exercice de sa compétence, le ministre Hugh Guthrie a évoqué les deux obstacles qui se dressaient devant lui. D'une part, alors qu'en Grande-Bretagne il n'existe qu'un seul pouvoir législatif central, le législateur fédéral doit tenir compte de nombreuses juridictions législatives. D'autre part, il doit également tenir compte de l'existence de deux régimes juridiques — le droit civil au Québec et la *common law* dans les autres provinces. *Débats de la Chambre des communes* (28 mars 1919) à la p. 968. Il est bon de noter que ces liens complémentaires sont consacrés dans le texte même de la loi. Par. 72(1) L.F.I. La jurisprudence reconnaît aussi cette complémentarité. C'est ainsi que le juge Beetz s'exprimait à ce sujet :

« L'insolvabilité est au centre des parties de la *common law* et du droit civil qui traitent notamment d'hypothèque, de nantissement, de gage, de cautionnement et de garantie des créances en général, qui sont implicitement ou explicitement fondées sur le risque d'insolvabilité et qui produisent leur plein effet quand le risque est devenu réalité [...] ».

Robinson c. Countrywide Factors Ltd., [1978] 1 R.C.S. 753, 804. Les professeurs Jacques Auger, Albert Bohémier et Roderick A. Macdonald opinent en ce sens en déclarant qu'« [i]l est clair que la L.F.I. et le Code civil sont dans une situation d'interdépendance réciproque et il importe de ce fait que la plus grande harmonie règne entre eux ». J. Auger, A. Bohémier et R. A. Macdonald, « Le traitement des créanciers dans la Loi sur la faillite et l'insolvabilité et les mécanismes de garantie du droit civil du Québec » dans *L'harmonisation de la législation fédérale avec le droit civil québécois et le bijuridisme canadien*, Ottawa, ministère de la Justice, 1997, 911 à la p. 916 [ci-après « Le traitement des créanciers »].

¹¹ Art. 42(1)c), 74(2), 95(1), 95(2), 136(1)e) et 197(6)a) L.F.I.

¹² Il s'agit du séquestre intérimaire nommé aux termes des articles 47 ou 47.1 de la L.F.I. Le séquestre intérimaire devra alors utiliser la forme prescrite prévue au formulaire n° 18 intitulé « Avis de la demande de taxation des comptes et de libération du séquestre intérimaire ». Par. 47.2(1) L.F.I. Voir art. 79, *Règles générales sur la faillite et l'insolvabilité* [ci-après R.G.F.I.].

¹³ La version anglaise du paragraphe 47.2(1) de la L.F.I. prévoit que cette charge peut porter sur « *any or all of the assets of the debtor* » [soulignement ajouté].

¹⁴ Une fonction (art. 179 C.C.Q.), des taxes foncières (art. 1205 C.C.Q.), des obligations (art. 776 C.C.Q., 1834 C.C.Q.), entre autres.

¹⁵ Art. 2660 C.C.Q.

¹⁶ L. Payette, *Les sûretés dans le Code civil du Québec*, Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 84; M. Bugnet, *Ouvrages de Pothier annotés et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, 2^e éd., t. 9, Paris, Cosse et Marchal, 1861 à la p. 423; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. 3, Paris, L. Larose et Forcel, 1884 à la p. 682; P.B. Mignault, *Le droit civil canadien*, t. 9, Montréal, Wilson et Lafleur, 1916 à la p. 83; C. Demers, *Traité de droit civil du Québec*, t. 14, Montréal, Wilson et Lafleur, 1950 à la p. 195.

¹⁷ D. Pratte, *Priorités et hypothèques*, Sherbrooke, Revue de droit, 1995 à la p. 95.

¹⁸ J. Deslauriers, *Précis du droit des sûretés*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1990 à la p. 251 [ci-après *Précis du droit des sûretés*]; P. Ciotola, *Droit des sûretés*, Montréal, Thémis, 1999 aux pp. 197 et s. [ci-après *Droit des sûretés*].

sur une chose tangible.¹⁹ Par exemple, l'hypothèque constitue des droits réels en garantie de l'exécution d'une obligation.²⁰ Qu'en est-il du mot « charge »? Il est intéressant, à cet égard, de faire la distinction entre l'hypothèque immobilière et l'hypothèque mobilière.

L'hypothèque immobilière

Il semble y avoir une position claire tant en doctrine qu'en jurisprudence reconnaissant que l'hypothèque immobilière est une « charge ».²¹ De plus, il semble bien que le terme « charge » puisse désigner autant les hypothèques immobilières conventionnelles que les hypothèques immobilières légales.²² Le juge Pigeon, dans l'affaire *Ville d'Anjou c. C.A.C. Realty*, est même allé jusqu'à dire qu'on ne pourrait nier qu'une hypothèque immobilière soit une « charge ».²³ C'est ce qui découle, affirmait-il, de l'usage courant de même que des dispositions du *Code de procédure civile* [ci-après *C.P.C.*] concernant l'adjudication des immeubles.²⁴ Sur ce point, le juge Beetz qui a écrit l'opinion minoritaire était d'accord avec le juge Pigeon.²⁵ On peut, par conséquent, conclure que la Cour suprême du Canada a clairement établi que le terme « charge » peut désigner une hypothèque immobilière. Cette acception ne semble pas poser plus de difficulté sous le *C.C.Q.* qu'elle n'en posait sous le *C.C.B.C.*²⁶ Il s'agit maintenant de vérifier si cette désignation convient aux autres mécanismes de sûreté prévus au Code.

L'hypothèque mobilière

Une des grandes innovations de la réforme du Code civil en matière de sûreté est l'introduction de l'hypothèque mobilière.²⁷ Elle regroupe les anciennes sûretés réelles mobilières qui existaient

¹⁹ H. Reid, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1994 à la p. 203 [ci-après *Dictionnaire de droit québécois*]; P.-A. Crépeau, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1991 à la p. 211 [ci-après *Dictionnaire de droit privé*].

²⁰ Art. 2661 *C.C.Q.*

²¹ D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 2, 3^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 aux pp. 240, 242 [ci-après *Précis de procédure civile*]; *Dictionnaire de droit québécois*, supra note 19 à la p. 86; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 4^e éd. corr., Paris, Presses universitaires de France, 1994 aux pp. 129-130. M. Filion, *Dictionnaire du Code civil du Québec*, Saint-Nicolas, Éditions associations entreprises, 1998 à la p. 79 [ci-après *Dictionnaire du C.C.Q.*]; *Dictionnaire de droit privé*, supra note 19 à la p. 84; *Ville d'Anjou c. C.A.C. Realty*, [1978] 1 R.C.S. 819 aux pp. 826-827, 834 [ci-après *Ville d'Anjou*]; *Caisse populaire Ste-Famille de Sherbrooke c. Belzile*, [1995] R.D.J. 137 à la p. 141 (C.S. Qué.) [ci-après *Belzile*]; *Caisse populaire de St-Marc-des-Carières c. Frenette & Frères Ltée*, [1985] R.D.J. 341 à la p. 346 (C.S. Qué.) [ci-après *Frenette*].

²² Pour les hypothèques conventionnelles, voir *Breton c. Jacques et Seaboard Securities Limited*, [1972] R.P. 35 aux pp. 36-37 (C.S. Qué.) [ci-après *Breton*]. Pour les hypothèques légales, voir *Belzile*, *ibid.*

²³ *Ville d'Anjou*, supra note 21 à la p. 826.

²⁴ Il s'agit des articles 671 *C.P.C.* et suivants, en particulier les articles 676 (opposition à fin de charge), 677 (opposition aux charges) et 704 (relativement aux charges qui n'ont pas été purgées lors d'une vente en justice). Incidemment, il existait, jusqu'à tout récemment, une dispute jurisprudentielle quant à savoir si un créancier hypothécaire pouvait faire une opposition à fin de charge. D'un côté, on a jugé que, parce qu'elle était une charge, une hypothèque permettait à son détenteur de faire une telle opposition. *Ville d'Anjou*, *ibid.* (voir toutefois la dissidence du juge Beetz); *Frenette*, supra note 21; *Newman c. Archambault*, [1972] R.P. 82 (C.S. Qué.) [ci-après *Newman*]. Les autres soutenaient que la vente en justice d'un immeuble purgeait l'hypothèque la grevant mais permettait à son détenteur d'en obtenir les fruits selon le rang qu'il occupait. *Commercial Litho Plate Graining (1970) Ltée c. Imprimerie Cyr Ltée*, [1980] C.S. 1123 [ci-après *Litho*]; *Breton*, supra note 22; *Royal Bank of Canada c. Sheiner*, [1972] C.S. 750; *Union des Carrières et Pavages Limitée c. J.C. Bégin*, [1956] R.P. 234 (C.S. Qué.). Sous le *C.C.Q.*, cette dernière position semble prévaloir. *Belzile*, supra note 20. Cette dispute a néanmoins été accompagnée par une confrontation doctrinale. A. Lavallée, « À qui est ouverte l'opposition à fin de charge? » (1972) 32 R. du B. 24; P. Ferland, « L'opposition à fin de charge et l'hypothèque » (1972) 32 R. du B. 259.

²⁵ Le juge Beetz affirme que « les expressions « charges » et « droits réels » sont sûrement assez larges pour embrasser, dans un autre contexte, les hypothèques et les privilèges ». *Ville d'Anjou*, *ibid.* à la p. 834. Le juge Bernard Gratton, de la Cour supérieure du Québec, semble poursuivre le raisonnement du juge Beetz lorsqu'il déclare qu'« il se peut bien que dans le sens commun une hypothèque soit une charge mais à la lecture des autres articles pertinents, 676, 677, 684 et 704 c.p., il y a lieu à interprétation ». *Litho*, *ibid.* à la p. 1124. Voir aussi *Cie Montréal Trust c. Roadrunner Jeans MFG Ltd*, [1983] C.S. 245, 249.

²⁶ Le juge Fréchette de la Cour supérieure de St-François a déclaré dans un récent jugement qu'« il ne peut faire de doute que l'hypothèque est une charge ». *Belzile*, supra note 21 à la p. 141.

²⁷ Art. 2696 *C.C.Q.* et suivants.

sous le C.C.B.C.²⁸ Bien que l'hypothèque mobilière constitue elle aussi un droit réel, on définit généralement le mot « charge » qu'en rapport avec les droits réels immobiliers.²⁹ De plus, le législateur québécois ne prévoit les « oppositions à fin de charge » et les « oppositions aux charges » qu'en matière immobilière.³⁰ Cette terminologie est également employée pour indiquer les droits réels inscrits en regard d'un immeuble au registre foncier³¹ mais pas ceux inscrits en regard d'un meuble au registre des biens personnels et réels mobiliers.³² Nous pouvons donc conclure que l'emploi du terme « charge » n'est pas courant en regard de l'hypothèque mobilière. Qu'en est-il des priorités? C'est ce que nous verrons maintenant.

1.2. Les priorités

Le C.C.Q. attribue le statut de créancier prioritaire en fonction de certaines créances.³³ En principe, on ne devrait pas considérer les priorités comme des « charges » puisqu'elles ne confèrent pas de droits réels.³⁴ Toutefois, l'équation ne serait apparemment pas aussi simple. Dans l'affaire *Château d'Amos*, cherchant à savoir si le mot « charge » qui apparaît à la définition de « créancier garanti » dans la L.F.I. pouvait comprendre le concept de priorité, le juge Brossard de la Cour d'appel du Québec, dissident quant au fond, a déclaré en obiter que la notion de « charge » était mal définie en droit civil québécois, contrairement à la notion bien connue de « charge » en *common law*.³⁵ Aussi, bien que, par la suite, le législateur québécois ait modifié la notion de « priorité » pour la rendre « constitutive de droits réels » en faveur des municipalités et des commissions scolaires,³⁶ les propos du juge Brossard nous laissent croire que l'emploi du terme « charge » dans le contexte d'une disposition traitant de sûretés est probablement un emprunt à la *common law*.

En *common law*, le mot *charge* se rapporte, entre autres, à « *an instrument creating security against property for payment of a debt or obligation* »; le terme *charge* peut également embrasser d'autres sens, notamment un « privilège » (*a lien*), une « réclamation » (*a claim*), une « servitude »

²⁸ Le gage (art. 1968 et 1969 C.C.B.C.), le nantissement commercial (al. 1979e) et k) C.C.B.C.), le nantissement agricole et forestier (al. 1979a) et d) C.C.B.C.), la cession de créances en garantie (art. 1570 et 1578 C.C.B.C.) et la cession générale des créances comptables (art. 1966 C.C.B.C.).

²⁹ « Droit réel couvrant un immeuble », A. Rey, *Le nouveau Petit Robert*, Paris, *Dictionnaire Le Robert*, 1993 à la p. 347; « droit réel qui grève un immeuble », *Dictionnaire de droit québécois*, supra note 19 à la p. 86; « certains droits réels grevant un immeuble », *Vocabulaire juridique*, supra note 21 à la p. 130; « droit réel qui grève un (bien) immeuble », *Dictionnaire du C.C.Q.*, supra note 21 à la p. 79; « limitation du droit de propriété d'un immeuble, corrélatrice à un droit réel », *Dictionnaire de droit privé*, supra note 19 à la p. 84.

³⁰ Art. 676, 677 C.P.C.

³¹ Art. 704 C.P.C.

³² Art. 2980 C.C.Q., 592.2, 592.3 C.P.C.

³³ Il s'agit (1) des frais de justice et des dépenses faites dans l'intérêt commun, (2) de la créance du vendeur impayé, (3) de la créance de ceux qui ont un droit de rétention sur un meuble, (4) des créances fiscales de l'État et (5) de la créance des municipalités et des commissions scolaires pour les impôts fonciers. Art. 2651 C.C.Q.

³⁴ Le professeur Louis Payette rappelle à ce sujet que :

« [I]l ne définit pas la priorité comme un droit réel, comme il le fait dans le cas de l'hypothèque. Il ne lui confère que quelques-uns des attributs de l'hypothèque; il n'en fait découler aucun droit de suite [...]. Dans ce contexte, il faut conclure que la priorité constitue un droit de préférence *sui generis* qui ne peut sans doute pas être caractérisée comme un droit réel ».

L. Payette, « Des priorités et des hypothèques », dans Barreau du Québec et Chambre des notaires du Québec, *La réforme du Code civil*, vol. 3, Québec, Presses de l'Université Laval, 1993, 23 à la p. 66.

³⁵ *Château d'Amos*, supra note 9 à la p. 2633.

³⁶ *Loi modifiant diverses dispositions législatives en matière municipale*, L.Q. 1999, c. 90, art. 42-43. Le C.C.Q. prévoit désormais que « les créances prioritaires des municipalités et des commissions scolaires pour les impôts fonciers sont constitutives de droits réels ». Art. 2654.1 C.C.Q.

(an encumbrance).³⁷ À titre d'illustration, la *Loi sur les pouvoirs spéciaux des corporations*³⁸ [ci-après *L.P.S.C.*] permettait que le financement d'une entreprise au moyen de l'émission d'obligations soit garanti par le mécanisme de l'*Acte de fiducie* par lequel le débiteur émetteur grevait ses biens d'une « charge flottante » et d'une « charge spécifique », vocabulaire emprunté à la *common law*.³⁹ La « charge flottante » portait sur l'ensemble des biens du débiteur émetteur présents et à venir, notamment sur l'inventaire. Le débiteur émetteur conservait donc la possession de ses biens. La « charge spécifique » affectait les biens que le débiteur émetteur avait spécifiquement nantis, hypothéqués ou mis en gage. Or, le mécanisme de l'*Acte de fiducie* a disparu en 1994 avec la réforme du droit civil, emportant avec lui les « charges » que permettait de constituer la *L.P.S.C.*⁴⁰

1.3. Les autres mécanismes de sûreté

Le *C.C.Q.* prévoit d'autres mécanismes pouvant servir à garantir l'exécution d'une obligation.⁴¹ Il s'agit de la fiducie à titre de sûreté,⁴² du droit de rétention,⁴³ du droit de revendication⁴⁴ et du cautionnement.⁴⁵ Ces mécanismes constituent-ils des « charges »? On conviendra que le terme « charge » identifie généralement une catégorie de droits limitant le droit de propriété où l'on retrouve, entre autres, les démembrements du droit de propriété : les servitudes,⁴⁶ l'usufruit⁴⁷ et l'usage⁴⁸ (ou l'habitation).⁴⁹ Or, ces autres mécanismes de sûreté faisant l'objet de notre propos ne comportent pas tous de telles limites au droit de propriété. Par exemple, le cautionnement n'implique pas de restrictions immédiates sur le droit de propriété du fidéjusseur.

Par ailleurs, « charge » est un mot que n'utilise pas le *C.C.Q.* pour identifier une catégorie de sûreté. En fait, à proprement parler, le bon usage du terme « charge » est plutôt celui qui vise à désigner l'hypothèque immobilière comme une limitation du droit de propriété du débiteur hypothécaire découlant du droit réel constitué en faveur de son créancier sur l'immeuble grevé. En ce sens, le droit réel qui est conféré au créancier hypothécaire lui permet de suivre le bien, de le mettre en vente et d'être préféré relativement aux fruits de la vente tandis que la « charge » en est la conséquence, soit la limite ainsi apportée au droit de propriété du débiteur. C'est probablement

³⁷ D. A. Dukelow et B. Nuse, *The Dictionary of Canadian Law*, 2^e éd., Toronto, Carswell, 1995 à la p. 176; J. R. Nolan, *Black's Law Dictionary*, 6^e éd., St. Paul, Minn., West Publishing Co., 1990 à la p. 233.

³⁸ *Supra*, note 5.

³⁹ Les expressions « charges flottantes » et « charges spécifiques » n'apparaissent pas dans la *L.P.S.C.* mais étaient d'usage courant dans la communauté juridique.

⁴⁰ *Loi sur l'application de la réforme du Code civil*, L.Q. 1992, c. 57, art. 642 et s. Le législateur québécois a, par contre, introduit l'« hypothèque ouverte » en 1994 afin de permettre aux personnes morales de bénéficier d'une sûreté souple affectant, sans dépossession, les biens présents et à venir. Art. 2715 *C.C.Q.* et s.

⁴¹ Les professeurs Jacques Auger, Albert Bohémier et Roderick A. Macdonald en font une analyse particulièrement intéressante du point de vue de l'harmonisation de la *L.F.I.* avec le droit civil québécois. « Le traitement des créanciers », *supra* note 10 à la p. 975.

⁴² Art. 1263 *C.C.Q.* On parle alors d'un « patrimoine d'affectation autonome » et non d'une « charge ».

⁴³ Art. 1592 *C.C.Q.*

⁴⁴ Art. 1741 *C.C.Q.*

⁴⁵ Art. 2333 *C.C.Q.*

⁴⁶ Art. 1177 *C.C.Q.*

⁴⁷ *Précis de procédure*, *supra* note 21 à la p. 239; *Caisse populaire Les Hauteurs c. Club récréatif Lac Morency Inc.* (27 janvier 1993), Saint-Jérôme 700-05-000539-910, J.E. 93-543 (C.S.). Voir art. 1120 *C.C.Q.*

⁴⁸ *Précis de procédure civile*, *ibid.* Voir art. 1172 *C.C.Q.* et s.

⁴⁹ *Caisse populaire Ste-Madeleine c. Les Immeubles Rives du St-Maurice Inc.*, [1990] RDI 818 (C.S. Qué.).

de cette façon que l'on doit interpréter les propos du juge Pigeon dans l'affaire *Ville d'Anjou c. C.A.C. Realty*.⁵⁰

Conséquemment, en droit civil, le terme « charge » ne peut pas servir à désigner toute sûreté puisque ce ne sont pas tous les mécanismes de garantie qui restreignent le droit de propriété. En ce sens, le terme « charge » est inapproprié voire inefficace pour désigner généralement les sûretés du droit civil.

Du point de vue civiliste, le mot « garantie » est certainement préférable au mot « charge » pour désigner un mécanisme de sûreté. C'est d'ailleurs ce que le législateur fédéral fait lui-même au paragraphe 14.06(7) de la *L.F.I.* pour désigner le mécanisme de sûreté qu'il accorde à la Couronne et au paragraphe 81.2(1) de la *L.F.I.* pour désigner celui qu'il accorde aux agriculteurs, aux pêcheurs et aux aquiculteurs. Par ailleurs, l'usage du terme « charge » tend à disparaître du vocabulaire du législateur québécois comme en témoigne le programme d'harmonisation des lois publiques avec le *C.C.Q.*⁵¹

2. Le cadre juridique des sûretés créées dans la L.F.I.

La désignation terminologique d'un mécanisme de sûreté n'est qu'un des aspects de la problématique que soulève sa mise en place. Lorsque le législateur fédéral crée une sûreté, comme il le fait dans la *L.F.I.*, il doit non seulement l'insérer dans une sphère où le droit privé provincial détermine, en principe, les règles mais il doit également le faire en tenant compte des règles qu'il s'est lui-même imposé. Ces règles ont trait, premièrement, à la constitution de la sûreté, deuxièmement, à l'attribution d'un droit de préférence et, troisièmement, à la réalisation de la sûreté.

2.1. La constitution des sûretés

En principe, au Québec, les hypothèques légales sont acquises par inscription.⁵² Exceptionnellement, le *C.C.Q.* reconnaît qu'une hypothèque légale peut se constituer de plein droit, sans inscription. C'est le cas de l'hypothèque légale du constructeur.⁵³ Toutefois, cette dernière disparaît si son détenteur omet de l'inscrire au registre approprié dans les trente jours suivant la fin des travaux.⁵⁴ Elle peut être conservée par inscription d'un avis mais disparaît après un délai de six mois, à moins que le créancier ne publie une action contre le propriétaire de l'immeuble ou n'inscrive un préavis d'exercice d'un droit hypothécaire.⁵⁵

⁵⁰ *Supra* note 20 à la p. 826. C'est ce qui ressort également des propos du juge Fréchette de la Cour supérieure de St-François dans un jugement récent lorsqu'il affirme que « lorsqu'un immeuble est grevé d'une hypothèque, son équité s'en trouve affectée ou diminuée, et, en ce sens, il ne peut faire de doute que l'hypothèque est une charge » [soulignement ajouté]. *Belzile*, *supra* note 21 à la p. 141. Voir à cet effet les articles 671 *C.P.C.* et s. Voir aussi *Newman*, *supra* note 24.

⁵¹ *Loi concernant l'harmonisation au Code civil des lois publiques*, L.Q. 1999, c. 40, par. 39(5) modifiant la *Loi sur les biens culturels*, L.R.Q. c. B-4, par. 20(3).

⁵² Art. 2725(2) *C.C.Q.*

⁵³ Art. 2726 *C.C.Q.*

⁵⁴ Le *C.C.Q.* prévoit que « [l']hypothèque légale en faveur des personnes qui ont participé à la construction ou à la rénovation d'un immeuble subsiste, quoiqu'elle n'ait pas été publiée, pendant les trente jours qui suivent la fin des travaux ». Art. 2727(1) *C.C.Q.*

⁵⁵ Art. 2727(2) *C.C.Q.*

En ce qui concerne les sûretés attribuées à la Couronne, le législateur fédéral impose, dans le cas d'une faillite ou d'une proposition, une condition de validité particulière pour les sûretés que lui accorde une loi fédérale ou provinciale.⁵⁶ En effet, en vertu du paragraphe 87(1) de la L.F.I., pour que celles-ci soient reconnues, elles doivent être inscrites au registre approprié⁵⁷ avant la première des dates qu'il énumère.⁵⁸ Cette obligation d'inscrire les sûretés protégeant les réclamations de la Couronne tient probablement de l'intention du législateur fédéral de traiter celle-ci comme les autres créanciers. Il découle de ceci que le syndic de faillite ne reconnaîtrait pas une sûreté expressément accordée à la Couronne si elle n'apparaissait pas au registre approprié ou si elle y avait été inscrite après la première des dates énumérées au paragraphe 87(1) de la L.F.I. La Couronne prendrait alors rang comme créancière ordinaire.⁵⁹

La question de la validité des sûretés accordées à la Couronne par le législateur fédéral ou provincial soulève une problématique intéressante en regard de la sûreté accordée à la Couronne par le paragraphe 14.06(7) de la L.F.I. Cette sûreté vise à garantir le paiement de la réclamation de cette dernière pour des frais de réparation engendrés à la suite d'un dommage environnemental. C'est le cas, par exemple, lorsqu'une entreprise déverse abondamment des polluants dans une rivière. Au Québec, lorsqu'une contamination environnementale de ce genre survient, le ministère québécois de l'Environnement peut, s'il le juge requis, procéder au nettoyage des polluants qui se sont déversés, notamment, sur des biens privés immeubles.⁶⁰ Le Ministre peut, par la suite, se faire rembourser en présentant la facture aux propriétaires de ces immeubles.⁶¹ Si le propriétaire d'un des biens qui a fait l'objet d'un tel nettoyage par le Ministre devient failli ou s'il fait une proposition concordataire, la sûreté du paragraphe 14.06(7) de la L.F.I. prend aussitôt naissance. La réclamation du ministère est alors garantie par une sûreté immobilière portant sur l'immeuble sinistré et les immeubles contigus. Cette sûreté garantit le paiement de la réclamation du ministère avant toute autre réclamation. Le Ministre peut procéder à l'exécution de cette sûreté « comme s'il s'agissait d'une hypothèque ».

⁵⁶ Cette condition de validité s'applique aux réclamations des Couronnes fédérale et provinciales et aux « organismes compétents au titre d'une loi sur les accidents de travail ». Par. 86(1) L.F.I.

⁵⁷ Le paragraphe 87(1) de la L.F.I. renvoie aux systèmes d'enregistrement prescrits. Le paragraphe 111 des R.G.F.I. prévoit qu'il : « [e]st visé pour l'application du paragraphe 87(1) de la Loi tout système d'enregistrement des garanties ou sûretés qui est accessible à Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province et aux autres créanciers détenant des garanties ou sûretés et qui est mis à la disposition du public aux fins de consultation ou de recherche. »

⁵⁸ Ces dates sont les suivantes : le moment du dépôt d'une requête de mise en faillite du débiteur, le moment où ce dernier fait cession de ses biens, le moment du dépôt par le débiteur d'un avis d'intention, le moment du dépôt d'une proposition concordataire. Al. 87(1)a), b), c) et d) L.F.I.

⁵⁹ Avant la révision de 1992, on reconnaissait à la Couronne le dernier rang des créanciers préférés. L'alinéa 136(1)) de la L.F.I. porte encore les traces de cette époque. L'article 137 des R.G.F.I. circonscrit toutefois l'application de cet article aux réclamations nées avant le 30 novembre 1992. Depuis cette date, le principe de base introduit par le paragraphe 86(1) de la L.F.I. établit que les réclamations de la Couronne doivent être considérées comme des créances ordinaires. L'inscription des sûretés attribuées à la Couronne par une loi forme une exception à ce principe général et permet à la Couronne de bénéficier du statut de créancière garantie. *Perspective québécoise*, supra note 6 à la p. 2-674; D. St-Onge, « Les priorités de la Couronne : rendra-t-on moins à César? » dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la faillite* (1992), Cowansville, Yvon Blais, 1992, 15 à la p. 24.

⁶⁰ La Loi sur la qualité de l'environnement [ci-après L.Q.E.] prévoit que le ministre de l'Environnement est autorisé à prendre toutes les mesures pour nettoyer des contaminants émis, déposés, dégagés ou rejetés dans l'environnement ou susceptibles de l'être ou pour prévenir qu'ils ne soient émis, déposés, dégagés ou rejetés dans l'environnement lorsque, à son avis, ces mesures sont requises pour éviter ou diminuer un risque de dommage à des biens publics ou privés, à l'homme, à la faune, à la végétation ou à l'environnement en général. L.R.Q. c. Q-2., art. 115.1.

⁶¹ Le Ministre peut, en la manière de toute dette due au gouvernement, réclamer les frais directs et indirects afférents à ces mesures de toute personne qui avait la garde ou le contrôle de ces contaminants et de toute personne responsable de l'émission, du dépôt, du dégagement ou du rejet des contaminants, selon le cas, que celle-ci ait été ou non poursuivie pour infraction à la L.Q.E. La responsabilité est solidaire lorsqu'il y a une pluralité de débiteurs. La Couronne pourra s'adresser au tribunal pour obtenir une condamnation du contrevenant à lui rembourser les frais directs et indirects. *Ibid.*, art. 109.1.1(2), 115.1.

Le législateur fédéral ne prévoit pas expressément d'obligation d'inscription pour rendre valide la constitution de cette sûreté. Doit-on s'en remettre à l'obligation générale d'inscription prévue au paragraphe 87(1) de la L.F.I.? On peut considérer trois pistes de réponses. Premièrement, la nature des droits principaux donnant lieu à la réclamation de la Couronne, deuxièmement, les problèmes techniques découlant du moment de la naissance de la sûreté et, enfin, la nature exceptionnelle de la sûreté.

▪ **La nature des droits principaux donnant lieu à la réclamation**

On a prétendu que la règle d'inscription des sûretés imposées à la Couronne, bien qu'elle ne soit pas expressément exclue au paragraphe 14.06(7) de la L.F.I., ne trouverait aucune application en l'espèce puisque les droits de la Couronne relèveraient de la nature d'un « *interest in land* ». ⁶² Or, les « *interests in land* » n'ont pas à faire l'objet d'enregistrement en *common law*. ⁶³ Au Québec, où la dualité domaniale est reconnue, la situation est tout autre. ⁶⁴ Il semblerait que la règle d'inscription des sûretés accordées à la Couronne devrait y trouver application. Dans ce cas, il y aurait une véritable disparité entre la situation au Québec et celle des autres provinces. Mais il semble y avoir d'autres problèmes.

▪ **Le problème technique découlant du moment de la naissance de la sûreté**

En raison d'une difficulté d'ordre technique, on peut se demander comment la Couronne pourrait parvenir à respecter l'obligation d'inscription qui lui est imposée. En effet, selon le paragraphe 87(1) de la L.F.I., pour que la Couronne puisse bénéficier des avantages de sa sûreté, il faudrait qu'elle l'ait inscrite avant l'une des dates qui y sont énumérées soit : avant le dépôt d'une pétition de mise en faillite, un avis de cession, une proposition ou un avis d'intention de faire une proposition. Or, il est bon de rappeler que la sûreté attribuée à la Couronne pour garantir le remboursement de ses frais de réparation ne prend naissance qu'au moment où une proposition est déposée ou au moment où le débiteur fait faillite. En d'autres mots, cette sûreté ne prend naissance qu'après l'une ou l'autre des dates énumérées au paragraphe 87(1) de la L.F.I. On peut alors se demander comment la Couronne aurait-elle pu avoir inscrit la sûreté au préalable? Comment pourrait-elle inscrire une sûreté qui n'est pas encore née afin de respecter les délais imposés par le législateur fédéral? Il y a là un problème technique. Mais il y a encore un autre aspect à considérer.

▪ **La nature exceptionnelle de la sûreté**

Le législateur confère à la Couronne un premier rang quasi absolu pour la sûreté garantissant les réclamations de cette dernière pour ses frais de réparation en contexte environnemental. En effet, il accorde ce droit de préférence « par dérogation aux autres dispositions de la présente loi et à toute règle de droit fédéral et provincial ». Avec une telle dérogation, on peut croire que l'intention du législateur était de favoriser la Couronne de façon particulièrement marquée. Cela s'explique probablement par le souci de ce dernier en ce qui concerne l'intérêt public devant un dommage environnemental. Or, on peut se demander quelle serait la position d'un syndic devant une telle réclamation si la Couronne omettait d'inscrire la sûreté selon la procédure établie au paragraphe 87(1) de la L.F.I. La nature exceptionnelle de cette sûreté serait-elle suffisante pour qu'on

⁶² C'est la situation qui prévaudrait en *common law*. En effet, ce serait en vertu de cet « *interest in land* » que la Couronne pourrait entreprendre les réparations. J. Marin et A. Ilichenko, « Amendments to the Bankruptcy and Insolvency Act—Bill C-5 Environmental Liabilities of Trustees and Receivers » (1997) 14:2 Nat. Insol. Review 18 à la p. 42 [ci-après « Environmental Liabilities »].

⁶³ Voir Loi sur l'enregistrement des droits immobiliers, L.R.O. 1990, c. L-5; Loi sur l'enregistrement des actes, L.R.O. 1990, c. R-20.

⁶⁴ Au Québec, les biens appartiennent ou bien aux individus ou bien à l'État. Art. 915 C.C.Q.

reconnaisse sa validité malgré l'obligation d'inscription du paragraphe 87(1) de la L.F.I.⁶⁵ Nous sommes d'avis qu'elle le serait.

En terminant, soulignons l'absence de toute référence à une obligation d'inscription en ce qui concerne la sûreté accordée aux agriculteurs, aux pêcheurs et aux aquiculteurs de même que celle accordée au séquestre intérimaire.⁶⁶ Dans ce dernier cas, la procédure de constitution est encore plus étrange pour le civiliste puisqu'elle relève de la discrétion judiciaire.

2.2. L'attribution d'une préférence

Depuis la réforme du Code civil, en 1994, les deux seules causes de préférence que prévoit le C.C.Q. sont les priorités — une sûreté légale — et les hypothèques — une sûreté légale ou conventionnelle. Lorsque la L.F.I. entre en application, il faut se rapporter au plan de répartition du paragraphe 136(1) de la L.F.I. qui établit l'ordre de préférence des différents créanciers, sous réserve des droits des créanciers garantis.⁶⁷ Si la réclamation des créanciers garantis n'est pas énumérée au paragraphe 136(1) de la L.F.I., alors ces derniers peuvent choisir de participer à la faillite, dans la mesure où leur réclamation est présentée selon la forme prescrite⁶⁸ ou de faire valoir leur sûreté selon le droit provincial, auquel cas les causes de préférences qui y sont prévues s'appliqueront.⁶⁹ Or, la L.F.I. accorde aux Couronnes fédérale et provinciales, au séquestre intérimaire, aux agriculteurs, aux pêcheurs et aux aquiculteurs des sûretés leur conférant une préférence prévalant sur les droits des autres créanciers.

⁶⁵ Le caractère exceptionnel de cette sûreté a été évoqué par M^e André Prévost. A. Prévost, « Le régime particulier des paragraphes 14.06(2) à (8) de la Loi sur la faillite et l'insolvabilité applicable à l'environnement », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de l'environnement*, vol. 108, Cowansville, Yvon Blais, 1998, 1 à la p. 22 [ci-après « Le régime particulier »].

⁶⁶ Par. 47.2(1) et 81.2(1) L.F.I. Évidemment, l'obligation d'inscription imposée à la Couronne ne s'applique pas ici.

⁶⁷ La Cour suprême du Canada a eu l'occasion — à cinq reprises — de se prononcer sur la nature distincte du paragraphe 136(1) de la L.F.I. par rapport au droit privé des provinces. Elle a dégagé les principes suivants :

- Les provinces ne peuvent ni créer des priorités entre les créanciers ni modifier le plan de répartition en matière de faillite, prévu au paragraphe 136(1) de la L.F.I.;
- Bien qu'une loi provinciale puisse valablement modifier l'ordre de priorité dans un contexte autre que celui d'une faillite, dès qu'il y a faillite, c'est le paragraphe 136(1) de la L.F.I. qui détermine le statut et l'ordre de priorité des réclamations qui y sont visées expressément;
- Si les provinces pouvaient créer leur propre ordre de priorité ou modifier celui établi en vertu de la L.F.I., cela aurait pour effet d'inciter à l'établissement, en matière de faillite, d'un plan de répartition différent d'une province à l'autre, ce qui est inacceptable;
- En matière de faillite, des expressions comme « créancier garanti », lorsqu'elles sont définies dans la L.F.I., doivent être interprétées selon la définition que leur donne le législateur fédéral et non celle que leur donnent les législatures provinciales. Les provinces ne peuvent modifier la façon dont ces expressions sont définies aux fins de la L.F.I.;
- Pour déterminer le lien qui existe entre une loi provinciale et la L.F.I., il ne faut pas que la forme du droit créé par la province l'emporte sur le fond. Les provinces n'ont pas le droit de faire indirectement ce qui leur est interdit de faire directement; et
- Pour que la loi provinciale soit inapplicable, il n'est pas nécessaire que la province ait eu l'intention d'empiéter sur la compétence fédérale exclusive en matière de faillite et d'être en conflit avec la L.F.I. Il suffit que la loi provinciale ait cet effet.

Rainville, *supra* note 8; *Deloitte Haskins and Sells Ltd. c. Workers' Compensation Board*, [1985] 1 R.C.S. 785; *Banque fédérale de développement c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 1061; *Colombie-Britannique c. Henfrey Samson Belair Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 24 et *Husky Oil Operations c. M.R.N.*, [1995] 3 R.C.S. 453.

⁶⁸ Art. 122-124 L.F.I.; Formulaire 31 intitulé « Preuve de réclamation ».

⁶⁹ À condition que les recours des créanciers garantis ne soient pas suspendus par l'effet des articles 69 et suivants de la L.F.I. L.W. Houlden et G. B. Morawetz, *The 2000 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act*, Scarborough, Carswell, 1999 à la p. 498 [ci-après *The 2000 Annotated B.I.A.*].

• Une préférence primant les droits des autres créanciers

À titre d'illustration, le législateur prévoit, au paragraphe 14.06(7) de la L.F.I., que « par dérogation aux autres dispositions de la présente loi et à toute règle de droit fédéral et provincial », la sûreté accordée à la Couronne pour sa réclamation liée à un dommage environnemental lui confère une préférence de premier rang.⁷⁰ L'emploi des mots « [cette sûreté] a priorité sur tout autre droit, charge ou réclamation visant le bien » indique l'intention du législateur qu'aucune autre sûreté ne procure de rang supérieur à celui de la Couronne. Ceci a pour but d'éviter que les autres créanciers ne bénéficient d'un profit fortuit dû à l'augmentation de la valeur de l'immeuble à la suite des réparations. Cette supériorité de rang est conférée que la réclamation soit née avant ou après la faillite et que la Couronne participe ou non à la faillite.⁷¹ En outre, elle confère un rang supérieur à celui des créanciers hypothécaires qui auraient inscrit leurs droits au préalable au registre des droits fonciers en regard d'un terrain contigu.⁷² Ceci signifie que les avantages que confère l'hypothèque de droit civil sont subordonnés au remboursement de la réclamation de la Couronne pour les frais de réparation de dommages environnementaux.⁷³

• Une préférence primant les droits de la banque

De son côté, la sûreté attribuée au séquestre intérimaire pour le remboursement de ses débours et le paiement de ses honoraires confère elle aussi une priorité de premier rang, si le tribunal le permet.⁷⁴ Cette priorité confère au séquestre intérimaire une préférence sur tous les créanciers garantis,⁷⁵ y compris la banque titulaire d'une garantie bancaire.⁷⁶ Le tribunal doit toutefois s'assurer que ces derniers ont été avisés. Avant de rendre son ordonnance, il peut leur

⁷⁰ M^e André Prévost qualifie cette sûreté de « super priorité ». « Le régime particulier », *supra* note 65 à la p. 21.

⁷¹ Le paragraphe 14.06(8) de la L.F.I. prévoit que :

« [...] la réclamation pour les frais de réparation du fait ou dommage lié à l'environnement et touchant un bien immeuble du débiteur constitue une réclamation prouvable, que la date du fait ou dommage soit antérieure ou postérieure à celle de la faillite ou du dépôt de la proposition ».

⁷² Ce qui fait dire à M^e Prévost qu'on pourrait s'attendre à ce que certaines institutions financières prennent des garanties supplémentaires afin de pallier à une telle éventualité. « Le régime particulier », *supra* note 65 à la p. 23.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Le C.C.B.C. reconnaissait les hypothèques judiciaires. *Précis du droit des sûretés*, *supra* note 17 aux pp. 265 et s. Voir art. 2034 C.C.B.C. Le C.C.Q. reconnaît maintenant une hypothèque légale pour les créances résultant de jugements. Art. 2724(4) C.C.Q. Toutefois, là s'arrête la comparaison puisque ces sûretés ne sont pas reconnues par le législateur fédéral en matière de faillite. En effet, le paragraphe 70(1) de la L.F.I. prévoit que :

« [t]oute ordonnance de séquestre rendue et toute cession faite en conformité avec la présente loi ont priorité sur toutes saisies, saisies-arrêts, certificats ayant l'effet de jugements, jugements, certificats de jugements, jugements ayant l'effet d'hypothèques, exécutions ou autres procédures contre les biens d'un failli, sauf ceux qui ont été complètement réglés par paiement au créancier ou à son mandataire, et sauf les droits d'un créancier garanti. »

Il découle de ceci que l'hypothèque légale inscrite au registre de la publicité des droits en vue de garantir la créance résultant d'un jugement est sans effet dans un contexte de faillite puisqu'elle constituerait alors un processus d'exécution susceptible de fausser l'égalité des créanciers. *Faillite et insolvabilité*, *supra* note 6 à la p. 43. Voir aussi *Larue c. Royal Bank of Canada*, [1926] R.C.S. 218 conf. [1928] A.C. 187 (P.C.). La sûreté « judiciaire » attribuée au séquestre intérimaire pour ses débours et honoraires constituerait donc une exception.

⁷⁵ La version anglaise apporte une nuance que la version française ne fait pas. En effet, la version anglaise précise que cette sûreté prend rang « *ahead of any or all secured creditors* » [soulignement ajouté]. De son côté, la version française prévoit simplement que cette sûreté a « *préséance sur les réclamations de tout créancier garanti* » [soulignement ajouté]. En comparaison, la réclamation du syndic de faillite pour ses honoraires est colloquée après les droits des créanciers garantis. Voir al. 136(1)a) L.F.I. Dans le cas d'une proposition, il revient au syndic de s'entendre avec l'auteur de la proposition et les créanciers afin de s'assurer que ses honoraires lui seront payés et ses débours remboursés. *Infra* note 78 à la p. 144.

⁷⁶ *Ibid.* Il s'agissait ici d'un cas où le débiteur avait fait une cession générale de créances (« *general assignment of all accounts* ») à la banque CIBC. Celle-ci détenait de plus des droits en vertu d'un contrat général de garantie (« *general security agreement* »).

permettre d'être entendu.⁷⁷ La détermination de cette sûreté peut se faire au moment de l'audition pour la nomination du séquestre intérimaire ou à l'occasion d'une audition subséquente.⁷⁸

▪ **Une préférence primant les droits de la Couronne au titre de sa fiducie présumée**

De son côté, le paragraphe 81.2(1) de la L.F.I. établit une sûreté en faveur des agriculteurs, des pêcheurs et des aquiculteurs pour garantir leur réclamation portant sur la marchandise qu'ils ont livrée au débiteur qui est devenu failli ou qui a fait une proposition concordataire.⁷⁹ Cette sûreté porte sur la totalité du stock appartenant à l'acheteur ou détenu par lui. Elle s'ajoute au droit de reprise de possession prévu au paragraphe 81.1(1) de la L.F.I.⁸⁰ Elle garantit de façon quasi absolue le remboursement de l'agriculteur, du pêcheur ou de l'aquiculteur. En effet, cette sûreté confère à ces derniers un droit de préférence sur tout autre droit, charge ou réclamation — peu importe sa date de naissance — relatif au stock de l'acheteur.⁸¹ En outre, cette sûreté a priorité sur les droits de la Couronne au titre de sa fiducie présumée pour ses créances fiscales.⁸² Or, comme le font remarquer monsieur le juge Houlden et M. Morawetz, la fiducie présumée a été créée pour supplanter le droit de propriété *sui generis* découlant de la garantie bancaire prévue à l'article 427 de la *Loi sur les Banques*.⁸³ En principe, il devrait en découler que le stock sur lequel porte la sûreté des agriculteurs, pêcheurs et aquiculteurs ne ferait pas partie des biens du failli.

En fait, seul le droit du fournisseur à la reprise de possession de marchandises aux termes du paragraphe 81.1(1) de la L.F.I. a préséance devant la priorité conférée par le paragraphe 81.2(1) de la L.F.I. Cet article prévoit aussi que si la liquidation des biens du failli fait diminuer la valeur de l'ensemble du stock du failli en deçà de la valeur de la réclamation, en cas de prise de possession

⁷⁷ Les créanciers peuvent présenter un avis d'opposition, tel que le prévoit l'article 80 des R.G.F.I.

⁷⁸ La Cour de justice de l'Ontario siégeant en matière de faillite a rendu, il y a quelques années, un jugement reconnaissant cette sûreté et la priorité de tout premier rang qu'elle confère au séquestre intérimaire, c'est-à-dire avant même les réclamations garanties. En l'espèce, le juge Chadwick avait procédé à la nomination d'un séquestre intérimaire mais avait décidé de reporter sa décision sur l'attribution d'une sûreté de premier rang à ce dernier. Un des créanciers garantis, la banque CIBC, a fait valoir que le juge ne pouvait accorder de sûreté au séquestre intérimaire qu'au moment de l'audition pour la nomination de ce dernier et qu'en cas de défaut, le juge ne pouvait reconnaître *a posteriori* l'existence de cette sûreté. La banque s'appuyait sur la version anglaise du paragraphe 47.2(1) de la L.F.I. qui se lit comme suit :

« [w]here an appointment of an interim receiver is made under section 47 or 47.1, the court may make such an order respecting the payment of fees and disbursements of the interim receiver as it considers proper, including an order giving the interim receiver a charge » [soulignement ajouté].

Le juge Chadwick de la Cour de justice de l'Ontario a rejeté les arguments de la banque en déclarant qu'il ne fallait pas interpréter le paragraphe 47.2(1) de la L.F.I. de façon trop stricte. Le juge a ajouté qu'il avait nommé le séquestre intérimaire, que celui-ci avait dûment rempli ses fonctions, qu'il méritait pour cette raison d'obtenir une rétribution et devait prendre rang devant tous les créanciers garantis. *Re N.T.W. Management Ltd* (1994), 29 (3^e) C.B.R. 139 aux pp. 142-143 (Ont. Bktcy).

⁷⁹ Ces créanciers ne peuvent se prévaloir de cette sûreté que si, à la fois :

- l'agriculteur a livré la marchandise dans les quinze jours précédant la faillite de l'acheteur ou la nomination d'un séquestre des biens de ce dernier, et
- la marchandise n'a pas été payée au complet dans les quinze jours précédant la faillite de l'acheteur ou la nomination d'un séquestre des biens de ce dernier, et
- l'agriculteur a déposé une preuve de réclamation pour le solde impayé auprès du syndic ou du séquestre dans les trente jours suivant la faillite de l'acheteur ou la nomination d'un séquestre des biens de ce dernier, et
- La réclamation doit être soumise suivant la forme prescrite dans le formulaire 31 (il s'agit de la formule générale de réclamation).

⁸⁰ Par. 81.2(4) L.F.I. Voir *The 2000 Annotated B.I.A.*, supra note 69 à la p. 355.

⁸¹ Le texte du paragraphe 81.2(1) de la L.F.I. prévoit que cette sûreté a priorité « par dérogation à toute autre loi ou règle de droit fédéral ou provinciale ».

⁸² *Loi de 1997 modifiant l'impôt sur le revenu*, L.C. 1998, c. 19, par. 227(4.1). Voir pour une analyse en profondeur de la fiducie présumée L. L'Heureux, « La fiducie présumée de recouvrement de la Loi de l'impôt sur le revenu » (1999-2000), 21:3, *Revue de planification fiscale et successorale* 481.

⁸³ *The 2000 Annotated B.I.A.*, supra note 69 à la p. 249. Voir *Banque Royale c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411.

par l'agriculteur, le pêcheur ou l'aquiculteur, le syndic est lui-même redevable des sommes couvertes par cette sûreté.⁸⁴

La création de ces sûretés, comme on peut aisément le constater, bouleverse les avantages accordés en droit civil québécois aux créanciers hypothécaires. Il s'agit somme toute de « super priorités » qui bénéficient à certains créanciers au détriment des autres, malgré le statut de créancier garanti que la L.F.I. leur reconnaît, y compris, en ce qui concerne la sûreté accordée aux agriculteurs, aux pêcheurs et aux aquiculteurs, la Couronne malgré la « super priorité » que constitue la fiducie présumée. Dans ce dernier cas, les biens servant à la réalisation de la sûreté sont carrément extraits du patrimoine du débiteur avant même qu'ils ne soient transférés entre les mains du syndic pour l'administration de la faillite. Dans le cas de la sûreté accordée au séquestre intérimaire, il suffit à ce dernier de s'adresser au tribunal pour obtenir une préférence sur les droits des créanciers garantis comme les banques. En fait, seule la réalisation de la sûreté accordée à la Couronne pour ses réclamations liées à un dommage environnemental soulève des questions au point de vue du droit privé des provinces. C'est ce que nous allons voir maintenant.

2.3. L'exercice des recours

En 1994, le législateur québécois a considérablement modifié le droit des sûretés et, en particulier les droits relatifs à l'exercice des recours hypothécaires. En somme, il a étendu les règles relatives à l'exercice de ces recours à certains contrats comme la fiducie à titre onéreux consentie pour l'exécution d'une obligation,⁸⁵ la vente avec faculté de rachat consentie pour garantir un prêt⁸⁶ et la vente à tempérament comportant une réserve de propriété publiée.⁸⁷ Il découle de ceci que les différences entre les « sûretés-propiétés », les « sûretés-fiducies » et les « sûretés traditionnelles » se sont considérablement amoindries.⁸⁸

Le régime des recours hypothécaires mis en place par le législateur québécois prévoit quatre types de recours : la prise en possession à des fins d'administration,⁸⁹ la prise en paiement,⁹⁰ la vente faite par le créancier aux enchères, de gré à gré ou par appel d'offres⁹¹ et la vente sous contrôle de justice.⁹² L'exercice de ces recours doit toutefois être précédé de l'émission d'un préavis

⁸⁴ Le paragraphe 81.2(1) *in fine* de la L.F.I. prévoit que :

« Le syndic ou le séquestre, qui prend possession ou réalise l'inventaire affecté à la garantie, est responsable de la réclamation de l'agriculteur, du pêcheur ou de l'aquiculteur jusqu'à concurrence du produit net de la réalisation, déduction faite des frais de réalisation, et est subrogé dans tous leurs droits jusqu'à concurrence des sommes ainsi payées ».

⁸⁵ Art. 1263 C.C.Q.

⁸⁶ Art. 1756 C.C.Q.

⁸⁷ Art. 1749 C.C.Q.

⁸⁸ « Le traitement des créanciers », *supra* note 10 à la p. 955.

⁸⁹ Art. 2773 C.C.Q. et s.

⁹⁰ Art. 2778 C.C.Q. et s.

⁹¹ Art. 2784 C.C.Q. et s.

⁹² Art. 2791 C.C.Q. et s.

indiquant l'intention du créancier de se prévaloir d'un de ceux-ci contre le débiteur au terme d'un délai de vingt jours, en matière mobilière, et de soixante jours, en matière immobilière.⁹³

Advenant la faillite de son débiteur ou le dépôt d'une proposition, le créancier hypothécaire sera considéré comme un créancier garanti.⁹⁴ Il pourra réaliser sa garantie, sous réserve de la suspension des recours que prévoient les articles 69 à 69.31 de la L.F.I., comme s'il était un étranger à la faillite.⁹⁵ Il y a toutefois deux exceptions à ce principe : les particularités que le législateur fédéral confère aux sûretés qu'il crée dans sa propre législation et les exigences d'honnêteté et de diligence prévues à la partie XI de la loi.

▪ **Les particularités que le législateur fédéral confère aux sûretés qu'il crée dans sa propre législation**

En vertu du paragraphe 14.06(7) de la L.F.I., la Couronne pourrait décider de ne pas participer à la faillite et d'exécuter la sûreté protégeant sa réclamation pour frais de réparation de dommages causés à l'environnement, comme le prévoit le législateur, « selon le droit du lieu où est situé le bien comme s'il s'agissait d'une hypothèque ou autre garantie ».⁹⁶ Que signifie cette expression? Doit-on conclure qu'il s'agit là d'un renvoi au droit privé des provinces en matière de sûreté? Les règles régissant les droits hypothécaires, en particulier, trouvent-elles application?

On a soutenu que, malgré l'intention apparemment explicite du législateur, l'exécution de cette sûreté « comme s'il s'agissait d'une hypothèque » présenterait certains problèmes de fond.⁹⁷ En effet, en vertu du droit privé des provinces, le défaut du débiteur de payer une créance ou d'exercer une obligation permet aux créanciers hypothécaires d'exercer leur sûreté.⁹⁸ Or, ici, ce qui permet à la Couronne d'exercer sa sûreté, c'est le fait que le débiteur devienne failli ou qu'il dépose une proposition. En revanche, ne pourrait-on pas considérer que le débiteur est, *de facto*, en défaut en raison de son état d'insolvabilité?⁹⁹ Toute la difficulté découle du fait que cette sûreté ne prend naissance qu'après l'insolvabilité ou la faillite du débiteur.

⁹³ Si le mécanisme de sûreté donnant ouverture au recours hypothécaire est une hypothèque accessoire à un contrat de consommation, le délai est de 30 jours. En matière immobilière et en matière mobilière, ce délai ne commence à compter qu'à partir du moment où le préavis est publié. Art. 2758(2) C.C.Q.

⁹⁴ Le législateur définit l'expression « créancier garanti » en énumérant un certain nombre de mécanismes de garantie qui attribuent à leur titulaire le titre de « créancier garanti ». Parmi ces mécanismes, le législateur prévoit expressément l'hypothèque. Par. 2(1) L.F.I.

⁹⁵ Le créancier garanti peut toutefois toujours prendre la décision de participer à la faillite et déposer sa réclamation. *Faillite et insolvabilité*, supra note 7 à la p. 73.

⁹⁶ La Couronne, considérée comme créancière garantie en application du paragraphe 2(1) de la L.F.I., pourra exécuter sa sûreté spéciale en dehors de la proposition, en conformité avec les règles énoncées au paragraphe 69.1(2) de la L.F.I. La Couronne pourra également exécuter sa sûreté spéciale en dehors de la faillite, en conformité avec les règles énoncées au paragraphe 69.3(2) de la L.F.I.

⁹⁷ En fait, les recours dont il est question au paragraphe 14.06(7) de la L.F.I. s'exercent au moment où le débiteur fait une proposition ou au moment où ce dernier devient failli sans considération du défaut de ce dernier de payer la facture. « Environmental Liabilities », supra note 62 à la p. 42.

⁹⁸ Art. 2748(2) C.C.Q. Voir *Loi sur les hypothèques*, L.R.O. 1990, c. M.40, partie II. Voir aussi *ibid.*

⁹⁹ La L.F.I. définit ce qu'est une personne insolvable de la façon suivante :

« [p]ersonne qui n'est pas en faillite et qui réside au Canada ou y exerce des activités ou qui a des biens au Canada dont les obligations, constituant à l'égard de ses créanciers des réclamations prouvables aux termes de la présente loi, s'élèvent à mille dollars et, selon le cas :

a) qui, pour une raison quelconque, est incapable de faire honneur à ses obligations au fur et à mesure de leur échéance;

b) qui a cessé d'acquitter ses obligations courantes dans le cours ordinaire des affaires au fur et à mesure de leur échéance;

c) dont la totalité des biens n'est pas suffisante, d'après une juste estimation, ou ne suffirait pas, s'il en était disposé lors d'une vente bien conduite par autorité de justice, pour permettre l'acquittement de toutes ses obligations échues ou à échoir ».

La Couronne pourra, en principe, faire valoir sa « super priorité » garantissant sa réclamation pour frais de réparation sur la valeur brute réalisable des biens grevés.¹⁰⁰ De son côté, le syndic, afin de protéger les intérêts de l'actif, pourra tenter de récupérer tout surplus généré par la vente de l'immeuble par la Couronne.¹⁰¹ Cette opération peut s'avérer délicate en raison de la fluctuation que risque de connaître la valeur de l'immeuble d'abord endommagé à la suite d'un dommage environnemental puis réparé par la Couronne.

▪ Les exigences d'honnêteté et de diligence prévues à la partie XI de la loi

Depuis 1992, la L.F.I. comporte des dispositions encadrant l'exercice des recours des créanciers garantis. Le législateur impose à ces derniers des obligations d'honnêteté dans l'administration et la liquidation des biens du débiteur.¹⁰² Toutefois, ces règles ne trouvent application que lorsqu'un « séquestre/receiver » prend possession des biens du débiteur afin de les administrer.

Le législateur fédéral définit au paragraphe 243(2) de la L.F.I. ce qu'est un « séquestre-receiver » au sens de la partie XI de la L.F.I.¹⁰³ Deux éléments fondamentaux se dégagent de cette définition. Premièrement, le « séquestre/receiver » visé est celui qui prend possession des biens du débiteur insolvable. Deuxièmement, le « séquestre/receiver » doit pour cela être habilité en vertu d'une ordonnance ou d'un contrat de garantie. Le libellé de la définition est toutefois rédigé de façon ambiguë et permet deux interprétations contradictoires.

Selon une interprétation large, les mots « toute personne qui (...) est habilitée nommément à prendre [possession des biens] », d'une part, et « ou a pris », d'autre part, présentent une alternative conceptuelle : le « séquestre/receiver » traditionnellement reconnu et ce qui serait une nouvelle conception de « séquestre/receiver ». Ainsi, le « séquestre/receiver » visé par cette définition peut être celui qui est traditionnellement habilité par un contrat de garantie ou une ordonnance mais il peut être aussi un créancier qui prend simplement possession des biens faisant l'objet d'un contrat de garantie afin de les réaliser.

Selon une interprétation stricte, au contraire, le paragraphe 243(2) de la L.F.I. ne renvoie qu'au « séquestre/receiver » traditionnellement reconnu. Il en découlerait que le « séquestre/receiver » visé par cette définition est celui qui prend possession des biens du débiteur insolvable conformément au libellé d'un contrat de garantie ou de l'ordonnance d'un tribunal.¹⁰⁴

¹⁰⁰ « Environmental Liabilities », *supra* note 62 à la p. 42.

¹⁰¹ *The 2000 Annotated B.I.A.*, *supra* note 69 à la p. 322.

¹⁰² Ces obligations sont prévues aux articles 246 et 247 de la L.F.I. Le « séquestre/receiver » doit, en outre, administrer les biens « en toute honnêteté et de bonne foi » et selon « les pratiques commerciales raisonnables ». De plus, il doit produire des rapports décrivant l'exercice de ses fonctions à l'égard des biens.

¹⁰³ On y lit :

« "Séquestre" S'entend de toute personne qui, aux termes d'un contrat – appelé « contrat de garantie » dans la présente partie – créant une garantie sur des biens, ou aux termes d'une ordonnance rendue par le tribunal sous le régime de toute règle de droit prévoyant ou autorisant la nomination d'un séquestre ou d'un séquestre-gérant, est habilitée nommément à prendre – ou a pris – possession ou contrôle du stock, des comptes recevables ou des autres biens d'une personne insolvable ou d'un failli acquis ou utilisés dans le cadre de ses affaires ».

¹⁰⁴ Comme les obligations imposées aux créanciers garantis en vertu de la partie XI de la L.F.I. ont pour effet de limiter ces derniers dans l'exercice de leurs droits, une interprétation stricte de ces dispositions serait conforme aux règles d'interprétation législative. Voir P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 3^e édition, Montréal, Thémis, 1999 à la p. 594.

Ce sont ces arguments qui ont été présentés devant le juge Baynton du tribunal de première instance de Saskatchewan.¹⁰⁵ Le juge Baynton a d'abord reconnu le bien-fondé des deux interprétations mais a ensuite tranché en faveur de l'interprétation stricte. Il a toutefois ajouté, en tenant compte des fins poursuivies par la partie XI de la L.F.I., qu'un créancier garanti pourrait être un « séquestre/receiver » tel que défini au paragraphe 243(2) de la L.F.I. à condition qu'il soit nommément habilité aux termes d'un contrat de garantie ou d'une ordonnance à prendre possession des biens de son débiteur.

Appliquées au Québec, ces conclusions signifieraient que le paragraphe 243(2) de la L.F.I. ne peut trouver application lorsque les créanciers hypothécaires font valoir leurs droits.¹⁰⁶ En effet, le fondement juridique permettant aux créanciers hypothécaires d'exercer leurs droits en cas de défaut du débiteur ne se trouve pas dans un contrat ou une ordonnance du tribunal mais bien dans le C.C.Q.¹⁰⁷ On pourrait ajouter que le recours à la notion de « séquestre/receiver », dans le contexte du paragraphe 243(2) de la L.F.I., renvoie probablement à un concept traditionnellement reconnu en *common law*. En effet, le séquestre de droit civil s'apparente davantage à un dépositaire qu'au receiver de *common law*.¹⁰⁸ En droit civil, ce sont plutôt les dispositions régissant l'administration du bien d'autrui qui s'appliquent.¹⁰⁹

En fait, le mode de réalisation de garanties visé par la définition du paragraphe 243(2) de la L.F.I. était, au Québec, la prise de possession d'une entreprise aux termes d'un acte de fiducie en vue de liquider les inventaires, les comptes recevables et les biens du débiteur. En effet, la L.P.S.C. permettait de créer un acte de fiducie en faveur de créanciers obligataires aux termes duquel le fiduciaire de ces derniers pouvait entrer en possession des biens du débiteur émetteur, les administrer et les liquider advenant le défaut de celui-ci.¹¹⁰ Or, la disparition de cet acte de fiducie,

¹⁰⁵ *Farm Credit Corporation c. Corriveau* (1993), 20 C.B.R. 3^e 124 (Sask. Q.B.).

¹⁰⁶ Il est bon de rappeler que la dation en paiement, dans le contexte du droit des sûretés, est un concept qui a été abandonné par le législateur québécois avec la réforme du Code civil. Par contre, aucune jurisprudence québécoise n'a remis en question l'application de cette définition de « séquestre/receiver » au Québec. Par conséquent, il n'est pas possible de déterminer comment un tribunal québécois réagirait si on lui soumettait la question de l'application du paragraphe 243(2) de la L.F.I. Bien qu'on puisse toujours plaider en faveur d'une interprétation large de ces dispositions devant une cour québécoise, nous croyons toutefois que l'interprétation stricte retenue dans l'affaire *Farm Credit Corporation* devrait être privilégiée.

¹⁰⁷ L'article 2748 du C.C.Q. spécifie que :

« [o]utre leur action personnelle et les mesures provisionnelles prévues au Code de procédure civile, les créanciers ne peuvent, pour faire valoir et réaliser leur sûreté, exercer que les droits hypothécaires prévus au présent chapitre ».

Voir A. Riendeau, « L'insolvabilité et l'exécution des garanties », Conférence de la faculté de droit de l'Université McGill, Montréal, 29-30 mars 1996 à la p. 27. Il est à noter que la situation risque d'être totalement différente pour certains créanciers dont les sûretés leur sont accordées par une loi fédérale. Par exemple, le créancier titulaire d'une garantie bancaire peut prendre possession des biens de son débiteur en dehors des cas prévus par le paragraphe 427(3) L.B. *Atomic Slipper Co. c. Banque nationale du Canada*, [1991] 1 R.C.S. 1059 aux pp. 1080-1081. Voir *Loi sur les banques*, L.C. 1991, c. 46. Voir aussi *Droit des sûretés*, supra note 18 aux pp. 372 et s.

¹⁰⁸ Art. 2280 C.C.Q. et s.

¹⁰⁹ Art. 1299 C.C.Q. et s.

¹¹⁰ L'autorisation de prendre possession des biens du débiteur en cas de défaut de celui-ci était expressément prévue à l'acte de fiducie. L. Lévesque, *L'acte de fiducie*, coll. Minerve, Cowansville, Yvon Blais, 1991 aux pp. 28 et s. Cette prise de possession ne transférait pas le droit de propriété lequel demeurait entre les mains du débiteur. *Lablanc c. Larue*, [1931] R.C.S. 7. Détail intéressant : on a affirmé que le fiduciaire pouvait agir directement sans devoir nommer un « receiver ». Y. Caron, « De l'action réciproque du droit civil et de *common law* dans le droit des compagnies de la province de Québec » dans J.S. Ziegel, *Studies in Canadian Company Law*, Toronto, Butterworths, 1967 à la p. 141. Voir aussi *Droit des sûretés*, supra note 18 aux pp. 251 et s.

avec la réforme du Code civil, peut donner l'impression que la partie XI de la L.F.I. est lettre morte au Québec.¹¹¹

Il faut toutefois apporter des nuances à cette affirmation catégorique. En premier lieu, il existe au Québec des créanciers dont les sûretés sont prévues dans d'autres textes que le C.C.Q. et dont la réalisation peut se faire par l'intervention d'un « séquestre/receiver ».¹¹²

En second lieu, certaines règles de la partie XI sont applicables à tous les créanciers dont la réclamation est garantie par une sûreté. En effet, le paragraphe 244(1) de la L.F.I. impose à tous les créanciers garantis l'obligation de faire parvenir un préavis au débiteur insolvable avant de mettre leur garantie à exécution.¹¹³ En particulier, le créancier garanti ne peut mettre à exécution sa garantie avant l'expiration d'un délai de dix jours.¹¹⁴ De son côté, toutefois, le C.C.Q. prévoit le délaissement immédiat des biens du débiteur lorsque ces derniers risquent de déperir ou lorsqu'il est à craindre que la créance ne soit mise en péril.¹¹⁵ Il y aurait, à première vue, incompatibilité entre cette possibilité d'obtenir le délaissement immédiat des biens du débiteur et l'obligation d'émettre un préavis de 10 jours en vertu du paragraphe 244(1) de la L.F.I.¹¹⁶

Une autre remarque concerne le moyen de défense que prévoit l'article 252 de la L.F.I. En effet, le législateur fédéral permet au créancier garanti dont on allègue une contravention à l'une ou l'autre des obligations que lui impose la partie XI de la L.F.I. (par exemple, l'envoi du préavis de l'article 244 de la L.F.I.) de démontrer qu'il avait des motifs de croire que le débiteur n'était pas solvable. Cet article s'adresse à la fois au créancier garanti lui-même et au « séquestre/receiver » défini au paragraphe 243(2) de la L.F.I., ce qui signifie que ce moyen de défense est offert à tout créancier garanti même s'il ne se qualifie pas à titre de « séquestre/receiver ».

¹¹¹ On pourrait ajouter que le législateur québécois, de son côté, régit l'administration et la liquidation des biens d'un débiteur insolvable par un créancier hypothécaire en vertu des règles sur l'administration du bien d'autrui. Or, comme le fait remarquer M^{re} Riendeau, les normes exprimées par le législateur québécois au sujet de l'administration du bien d'autrui sont à plusieurs égards « similaires voire redondantes » à celles imposées au « séquestre/receiver » en vertu de la partie XI de la L.F.I. Ainsi, le but recherché par le législateur fédéral lors de l'introduction de la partie XI de la L.F.I. serait atteint de toute façon. « L'insolvabilité et l'exécution des garanties », *supra* note 107 à la p. 31.

¹¹² Par exemple, les créanciers bénéficiant de la garantie bancaire. *Loi sur les banques*, *supra* note 107, art. 427. On peut réfléchir sur l'application des dispositions du C.C.Q. concernant l'administration du bien d'autrui aux banques. Celles-ci, en effet, ne détiennent-elles pas un droit de propriété *sui generis* sur les biens du débiteur? En prenant possession de ces biens, serait-il exact de prétendre qu'elle administre « le bien d'autrui? Voir à ce sujet M. Cantin Cumyn, *L'administrateur du bien d'autrui*, Cowansville, Yvon Blais, 2000 à la p. 112.

¹¹³ Contrairement au reste de la partie XI de la L.F.I. qui s'adresse au « séquestre/receiver », le paragraphe 244(1) de la L.F.I. vise particulièrement les créanciers garantis. Il prévoit que :

« [l]e créancier garanti qui se propose de mettre à exécution une garantie portant sur la totalité ou la quasi-totalité du *Ostock*, des comptes recevables ou des autres biens d'une personne insolvable acquis ou utilisés dans le cadre des affaires de cette dernière doit lui en donner préavis en la forme et de la manière prescrite ».

À ce sujet, l'article 124 des R.G.F.I. prévoit que :

« [l]e préavis de mise à exécution d'une garantie ou d'une sûreté donné par le créancier garanti à la personne insolvable conformément au paragraphe 244(1) de la Loi est en la forme prescrite et est envoyé de la manière indiquée dans le contrat de garantie ou de sûreté ou, à défaut d'une telle indication, est soit signifié, soit envoyé par courrier recommandé ou par service de messagerie ».

Le préavis de l'intention de mettre à exécution une garantie doit prendre la forme prescrite par le formulaire 86 intitulé « Préavis de l'intention de mettre à exécution une garantie ».

¹¹⁴ Par 244(2) L.F.I. Il est bon de rappeler que le préavis de dix jours est un préavis minimum. Il ne s'ajoute pas aux préavis d'exercice des droits hypothécaires prévus au C.C.Q. (20 et 30 jours pour les meubles, 60 jours pour les immeubles). En fait, de tels préavis seraient suffisants aux termes du paragraphe 244(2) de la L.F.I. Voir *Société générale (Canada) c. 2967-6804 Québec Inc.*, [1994] R.J.Q. 1684 (C.S.); « L'insolvabilité et l'exécution des garanties », *supra* note 107 aux pp. 4 et 5.

¹¹⁵ Art. 2767(1) C.C.Q.

¹¹⁶ « L'insolvabilité et l'exécution des garanties », *supra* note 107.

Comme on peut le constater, l'exercice des recours auxquels le législateur fédéral renvoie pour la réalisation de la sûreté qu'il accorde à la Couronne pour ses réclamations liées à un dommage environnemental soulève quelques questions découlant de la nature hybride et exceptionnelle de cette sûreté. En ce qui concerne l'application de la partie XI de la *L.F.I.*, elle est réduite, au Québec, à des cas où des créanciers dont la réclamation est garantie par une sûreté exercent leurs recours à l'encontre d'un débiteur en nommant un séquestre conformément aux dispositions d'un contrat de garantie. On peut peut-être penser à une banque dotée d'une garantie bancaire et dont les recours figurent non pas à l'article 427 de la *Loi sur les banques* mais dans le contrat de garantie.

Conclusions générales

Après ce rapide survol de la situation engendrée par la mise en place des sûretés créées ou encadrées par le législateur fédéral dans la *L.F.I.*, nous pouvons dresser quelques constats en guise de conclusion. Au point de vue terminologique, il n'est pas inexact d'affirmer que le mot « charge » désigne une hypothèque. L'emploi des mots « garantie » ou « sûreté » est toutefois nettement préférable en regard du vocabulaire en usage dans la tradition de droit civil.

Au point de vue de la substance des droits, si le législateur est doté de toute la compétence voulue en matière de faillite et d'insolvabilité pour mettre en place tout mécanisme de sûreté qu'il juge nécessaire, il n'en demeure pas moins qu'en créant des mécanismes de sûreté en marge de ce qui est prévu dans le droit privé des provinces et, en particulier, en droit civil québécois, il bouleverse les rapports entre les créanciers. Or, ces derniers devraient pouvoir gouverner leur conduite avec un plus grand degré de certitude. L'analyse de certaines sûretés créées dans la *L.F.I.* par le législateur fédéral tend à démontrer, au contraire, que les droits des créanciers font l'objet de variations importantes quant aux règles d'opposabilité, de préférence et de recours. Ces variations soulèvent probablement des inquiétudes au sein de la communauté juridique. Le programme d'harmonisation dont la mise en oeuvre est du ressort du ministère de la Justice du Canada ne peut servir de forum pour calmer ces inquiétudes autrement qu'en faisant respecter au sein du corpus législatif fédéral la terminologie et les concepts en vigueur en droit civil québécois.

Ces questions, et bien d'autres, font présentement l'objet d'études au sein du Ministère lequel travaille à cet effet en collaboration avec celui d'Industrie.